

HUGONIS DONELLI OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI

Tomus Quintus

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.





LUCÆ MDCCLXIV.

Typis JOANNIS RICCOMINI.
CENSORUM PERMISSU.

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

IV.



HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER DECIMUS OCTAVUS.
CAPUT I.

Cur hic de assessoribus, advocatis & procuratoribus iuncta tractatio, & de his quidem solis. I.



I Hactenus de personis ad iudicii constitutionem pertinentibus & necessariis, iudice, actore, & reo. Quam tractationem primo loco inter quatuor illas iudicii partes, quæ superiore volumine indicatæ sunt, collocavimus. Nunc tempus esset, ut ad alias partes explicandas aggrederemur, nisi quarundam personarum, quæ in iudiciis non minus fere, quam illæ tres superiores, versari solent, aspectus nos retardaret, iuberetque amplius in prima hac iudicii parte consistere. Assessores intelligo, & advocatos, & procuratores. Ex quibus primi illi iudicibus, reliqui litigatoribus operam atque auxilium præstant. Non pertinent illi quidem necessario ad iudicii constitutionem, tanquam partes, sed [1] adiuvant tamen iudicium non mediocriter. Itaque moribus omnium fere populorum sic comparatum est, usu exigente, ut sine illis nunquam, raro certe controversiæ in iure disceptentur ac distrahantur. Quare pertinet omnino ad hunc locum de illarum quoque personarum disputare cum instituto, tum munere. Itaque factum est in iis libris diligenter & copiose, ex quibus hanc iuris scientiam haurimus. Dicet aliquis non has solum personas in iudiciis operam navare, sed alias etiam multo plures, de quibus tamen mentionem nullam faciamus: veluti, actuarios, notarios, viatores, alios tales, etiam olim adcensos atque præcones. Sed nemo non videt, ut horum [2] usus in iudiciis aliquis sit, addo etiam magnus, etiam necessarius: ad iudicium tamen non ita pertinere, ut iudicium ex iis quoque constare, & quasi coagmentari, dicendum sit. Cum nec assessores quidem, vel advocatos & procuratores in hunc numerum adscribamus personarum ad iudicium necessario pertinentium, quanvis & assessores portio quædam iudicum esse dicantur, & iudicandi socii atque

1) Quæ illis ut appendices accedunt, P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 3. accessoriæ, ut *supra Lib.* 17. *C.* 4. *N.* 1. *παρεργα* & administrantes, Wes. *ad tit. C. de iudic. n.* 3. *&* *n.* 13.

2) Nec nimis tamen exiguus. Et quidem hi utrisque iudici & litigantibus operam præstant, seu utrorumque gratia in iudicio versantur. De quorum usu veteri & hodierno consuli possunt Sigon. *Lib.* 2. *de Antiquo Iure civ. Rom. C.* 15. P. Greg. 47. *Synt.* 40. *&* 2. *seqq.* Phil. Broidæ. *in Supplem. Hist. fori* Poll. *Lib.* 5. *Cap.* 12. *& seq.* Rosb. *Process. Tit.* 9. De tabellionibus vel notariis, eorum officio &c. qui creari possint &c. Covarr. *Pract. QQ.* C. 19. Cuiac. *in Nov.* 44. P. Greg. 47. *Synt.* 42. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisd. P.* 2 *C.* 5. Monach. *Pract. iudic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 40. *& seqq.* fuse Horat. Carpan. *ad Stat. Mediol. Vol.* 1. *C.* 343. *& plurib. seqq.* Vocant hos iudices chartularios, qui iurisdictionem habeant in volentes, Gabr. Sarayna. *in annot. ad Singul. Mathesilani* 1. Rebuff. aliis relatis *Tr. de Litt. oblig. in Præfat. n.* 15. Confer. Magon. *Cynos. advoc. Cap.* 3. Olim vero notarius dictus, ut Prudent. *de Cassiano martyre*

Verba notis brevibus comprehendere cuncta peritus,
Raptimque punctis dicta præpetibus sequi,
Fictis notare verba signis imbuens . . . .

De quo & de notis ac signis, (literas illiteratissimas vocat Plin. *Lib.* 1. *Epist.*) Rev. *Prosrib. C.* 9. Briss 4. *Antiq.* 21. Broidæ. 4. *Misc* 9 Walth 2. *Misc* 12. Ant. Guibert. *Polybist. Cap.* 6. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Success.* 15. Rud. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 2. *&* 3. Ioach. Steph. 3 *de Iurisd.* 11. *n.* 33. *& seq.* Iudex quando Notarium adhibere necesse non habeat, sed ipse eius vice fungi possit, vid. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 60. Trentac. 2. *pract. Resol. Tit. de Iudic. Resol.* 1.

atque participes, & advocati procuratoresque litigatorum caussas ita suscipiant, ut fere induant personas. Illi autem, quos paulo ante nominavi, nullo modo. Quod si quæ sunt de illis in iure nostro scripta atque sancita, quæ ignorari non debeant, ea a nobis non omittentur: modo sciamus non pertinere eas personas ad iudicii constitutionem ullo modo, atque ad hunc locum. Igitur de assessoribus nunc dicamus, & quidem primo loco, ea ratione, quod de iudicibus proxima tractatio fuit.

CAP. II.

De [1] Assessoribus. De eorum personis, de officio, de præmiis ac pœnis.

Assessor & consiliarius non raro usurpantur promiscue. A consiliario quomodo differat; itemque a quæstore. I. XXII.
Assessores a Iustiniano negati iudicibus ab alio datis, quam a Principe & quare. Iisdem antea permissi. II.
Magistratus soli sapientes & legum periti delecti apud Hebræos & Persas. Tales Alexandro Imp. maxime probati. III.
Opera assessoris in magistratu & in principe non improbanda. IV.
Assessores debent esse iuris & morum periti. Quot hi nominibus appellentur. V.
Item honesta fama; an libertini, VI.
Item non ibi, sed ex alia provincia nati; & quare. VII.
Postremæ huius definitionis exceptio quadruplex. Singulæ exponuntur. VIII. IX. X. XI.
Uni dumtaxat magistratui assessores præsto esse debere. XII.
Et hos in una provincia semel; & in hanc duci a prætore oportere. XIII. XIV.
Assessorum munus est iudicem instruere, non vero iudicare. Quid ex hodiernis moribus. XV.
Consistit illud 1. *in* cognitionibus. *Quale hoc ex* Novella 60. XVI.
2. *In* postulationibus. *Quomodo hæ a cognitionibus differant.* XVII.
3. *In* libellis. *His a privato oblatis debet per se subscribere magistratus. Quid in appellatione.* XVIII.
4. *In* edictis. 5. *In* decretis. *Utraque quid sint.* XIX.
6. *In* epistolis. *Hæ ad Principem mittebantur, vel magistratum: ad utrumque quatenus.* XX.
In Epistolis Principum similes assessoribus quæstores. Quod istorum munus. XXI.
Qui veterum de officio assessoris scripserint. XXIII.
Quot & quæ assessorum præmia. Singula breviter exposita. Conciliatio. L. Divus 4. D. de extr. cogn. *cum* L. 1. §. proinde, & §. sed & is eod. tit. XXIV. XXV. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX.
Diserta expositio L. diem functo 4. D. de off. assessor. XXX.
Assessoris imprudentia non tenetur ex edicto L. 2. D. quod quisq. iur. *Contra sentientes refelluntur.* XXXI.
Sed tamen magistratus aut index culpa imperitiaque assessorum, & sua tenetur in factum. XXXII. XXXIV.
Secus si ille assessores delegerit publice probatos. XXXIII.
Magistratus ubi tenetur edicto quod quisq. iur. *officio deposito convenitur; & quomodo.* XXXV.
Item ubi iniuste aliquid decrevit seu iudicavit, cum ipse tum assessor ibidem se defendere debet. XXXVI.
Quomodo assessor de iniusto magistratus iudicio se purgare valeat. XXXVII.
Aliæ assessorum pœnæ ex iis legibus in quas iidem peccarunt, investigandæ. XXXVIII.
De pœna L. quoniam iudices C. de appel. *An eius moderatio ex* Novel. 126. Cap. 3. *pertineat ad assessores.* XXXIX.
De pœna auth. ad hæc C. de iudic. *seu verius* Novellæ 60. Cap. 2. XL.

I. Assessor est, qui consilium alteri præstat: proprie ac stricte, qui magistratui & ius dicenti præstat. Priore illa significatione consiliarius omnis idem & assessor recte dicetur, & rursum assessor omnis consiliarius. Quare Baldus in

1) Caput hoc se totum restituisse profitetur Scip. Gentil. *in Ep. dedic. ad Adrian. Borskium.* Sane, vel absque eo foret, Donelli totum saltem non esse, ipsa tractatione proderetur.

in *L. nemini, C. de advoc. diversor. iud.* qui non potest esse assessor, eum nec consiliarium esse posse. Atque ita horum vocabulorum promiscuus est usus apud Iurisconsultos aliosque authores. Hinc etiam [2] assessus pro consilio in illo versu Propertii;

Turpior assessu non erit illa meo;

ut Planciades Fulgentius observavit. Et Ulpianus in *L. metum, §. sed quod prætor, D. quod met. caus.* Prætorem me assidente interlocutum esse, idest, me consulente & suggerente: Sed ut dixi, proprie assessor est, qui assidet in iudiciis, iusque subministrat magistratibus ac iudicibus.

II. Hodie iudices, qui magistratus non sunt, idest, iudices dati assessores habere non possunt, sed ipsi legum ac morum periti esse debent; a principe datos excipio. Effectum id constitutione Iustiniani *Nov.* 82. Olim etiam iudices a prætoribus dati suos habuere assessores, sive quos ipsi sibi in consilium advocabant. Ut Caius Aquilius in causa Quintiana addictus Iudex habuit in consilio Iureconsultos, Marcum Marcellum, Lucium Lucullum, & Publium Quntiiium, in Rosciana Marcum Perpennam Caius Piso: ut ex [3] Ciceronis qui illas causas egit, orationibus cognoscitur. Sed in iudicibus quidem a Magistratu datis id turpe duxit Iustinianus, & Reip. dissonum. Ait enim: Πῶς ἂν μέλλοι τοῦτο ἐλάττωμα πολιτείας ἂν εἴη, πρὸς τοῖς αὐτόθεν τὰ πράγματα διαγνῶναι παραδοῦναι τὰς δίκας, ἀλλ' ἐφ' αὐτοῖς ζητεῖν ἑτέρους καὶ ἄλλους μανθάνειν ὥσπερ αὐτοὺς ἐν τῷ κρίνειν φθέγγεσθαι δεῖ. Hæc Imperator Iustinianus de imperitis iudicibus. Cui gemina plane loquitur Caius Marius apud Salustium in Iugurtha, de imperitis ducibus. *Ut in tanta re* inquit *ignarus omnium trepidet, festinet, sumat aliquem ex populo monitorem sui officii: ita plerumque evenit, ut quem imperare iussistis, is sibi Imperatorem alium quærat.*

III. Hæc ratio in Magistratibus quoque ipsis valere debebat. Quibus tamen assessores perpetuo adsuere, nec ablati sunt a Iustiniano, aut quod sciam ab alio: tametsi Alexandrum Imperatorem legimus, qui assessoribus primus vel certe post Nigrum Pessennium salaria de publico constituit, dicere solitum, eos esse promovendos, qui per se Rempublicam gerere possent, non per assessores; addentem, militares habere suas administrationes, habere literatos: unumquemque agere debere quod nosset. Flavius quidem Iosephus, Iudæorum doctissimus & gravissimus author, vehementer hoc assessorum institutum reprehendit, atque irridet, cum in Romanis, tum in Græcis, *Lib.* 2. *adversus Appionem Grammaticum.* Videri id sibi testimonium atque argumentum inscitiæ patriarum legum. *At nostratium,* inquit, *si quis de legibus interrogetur, facilius, quam nomen suum eas recitat.* Idemque iudicium fuisse comperior severis illis & gravibus Persis. Sic enim Ammianus Marcellinus *Lib.* 23. de illis scribit: *Ad iudicandum usu rerum spectati destinantur, & integri parum alienis consiliis indigentes. Unde nostram* inquit *consuetudinem rident, quæ interdum facundos iurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Ex quo Ammiani loco illud obiter noto de assessorum sessu, non sedisse eos pariter, & eadem (ut ita loquar) linea cum Magistratu, sed introrsum versus, atque humilius, ut ministros esse & adiutores ipse hic quoque aspectus indicaret. Atque id opinor est, quod Suetonius Tranquillus mistim assidere appellat in Tiberio. Eius verba hæc sunt: *Magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerunque se offerebat consiliarius, assidebatque mistim, vel ex adverso in parte primori.*

IV. Sed ut illuc redeam, cur assessorum iste mos in Magistratibus & Principibus improbetur, nullam maguopere caussam video. Primum enim in Magistratibus & moderatoribus Provinciarum innocentia, prudentia, & fortitudo, non doctrina aut scientia iuris; quia illis virtutibus salus & Reipublicæ & subditorum continetur, nec ab alio accipi possunt. Itaque præclare Cicero in *Orat. pro Plancio*: *in Magistratibus* inquit, *si qua est ars, populus Romanus facile patitur: sin minus, virtute eorum & innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus, quotus quisque iuris peritus est?* deinde hæ sunt occupationes Principum ac Magistratuum ut etiamsi iuris peritissimi essent, vacare tamen disceptationibus foren-

2) Ita idem Scip. Gent. *Orig. Lib. sing. pag.* 386. Hinc, Palladem Iovi assidere, finxerunt Poetæ, innuentes Principi adesse debere Consiliarios. Consiliarii autem verbum latinissime esse pro eo, qui in consilium adhibetur, probat Pollet. 3. *Hist. fori* 13. *pag.* 284. Sed & Consiliatores legimus Plin. 4 *Epist.* consiliantes *L.* 12. *C. Th. de legatis* Cuiac. *ad Nov.* 119. Dicitur & consilium, iudicium: sic consilia 4. Centumvirorum, Pollet. *d. lo.* vid. *supra Lib.* 17. *C.* 34. *N.* 20. Facit *L.* 1. *C. de vind. lib.* Quomodo & Ræv. *Protrib. C.* 18. quinque Senatores & quinque equites, qui Romæ in consilium adhiberi dicuntur. Ulp. *tu.* §. 13. de decemviris litibus iudicandis exponit, cui resistit Siccama *de Centumv. iudic.*

3) Vid. idem 2. *Verrina p. m.* 157. Phil. Broidæ. *in Supplem. Polletti Hist. fori Lib.* 5. *C.* 5. *p.* 446.

rentibus non semper possint: Et ut possint, profecto nemo negaverit, graviores & difficiliores paulo causas ac controversias non ita diiudicari ab uno recte solere, atque a 4 pluribus. Quare & Imperator Adrianus, & ipse ille Alexander Severus, quanvis ipsi summam iuris civilis cognitionem haberent, nihil tamen fere sine 5 assessu & consilio Iurisconsultorum & quidem complurium sibi agendum, vel de iure statuendum iudicaverunt. Papinianus iuris illud asylum, & legum thesaurus, tamen habuit assessores cum alios, tum Paulum & 6 Ulpianum, & hos quidem sæpe inter se dissidentes de iure: ut apparet ex *L. lecta, D. de reb. credit.* Quare & posteriores Imperatores, qui maiores etiam Magistratus ac præsides iuridicundo, & cognitionibus sic alligaverunt, ut potestatem illam veterem iurisdictionis mandandæ, iudiciique dandi non parum circumscripserint: *L. 2. C. de pedan. iudic.* si tamen assessores Magistratibus omnibus reliquerunt. Iudicare ipsos iusserunt, sed non sine assessu Iurisperitorum.

V. Ex iis quæ supra dicta sunt, satis quivis intelliget, assessorum munus proprium Iurisconsultorum esse. Idque ita tradit Paulus in *L. 1. D. de offic. assessor.* ubi iuris 7 studiosos appellat iurisperitos, qui alibi 8 consiliarii & comites passim appellantur, item consiliorum participes & adiutores. Sic in libris notarum iuris illæ notæ ADI. item ADI. P. explicantur Adiutor, & Adiutor Provinciæ, intelligo enim assessores. Græcis πάρεδροι sunt, atque ita Iustinianus ac cæteri vocant, Modestinus videtur & συνέδρους appellare in *L. συνέδρους, § ἰσαύτως. D. de excusat.* 9 assessorem ibi vertit potissimus Augustinus, vetus interpres collegam. Potuissent, consessorem, verbum e verbo: quo Cicero usus est in eadem re *lib. 2. de finibus* illo loco: *Et ut Aulus Varius, qui est habitus iudex durior, dicere consessori solebat, cum datis testibus alii tamen citarentur, aut hoc testium satis est, aut nescio quid satis sit: sic a me satis testium est dictum.* Tametsi consessor hic iudicem cum Vario coniunctum significare, non assessorem videtur: ut & Cicero *Philip. 5.* Lysiadem Atheniensem iudicem ab Antonio delectum, vocat consessorem & collusorem Curii itidem iudicis. Sed ad Modestini locum, quod attinet, existimo ille iudicem significari, quem qui iurisdictioni vel quæstioni præest, secum in consilio habeat, & de cuius excusatione, si iudicium detrectaret, solebat cognoscere, ut idem Cicero *d. Philip. 5.* ostendit.

VI. Cæterum non omnes passim, & cuivis assidere possunt. Est aliquid in personis assessorum exceptum, & in loco assidendi. Illud in primis, quod non modo docti, & periti legum atque morum, sed etiam 10 fama & existimatione integra esse debent. *L. 2. D. de offic. assessor.* Est enim assessura honor quidam ac dignitas. In maioribus præsertim tribunalibus, liberti tamen assessores esse possunt, *d. L. 2.* quod

4) Sunt magistratibus sæpe necessarii huiusmodi subadiuvæ: Nam. si ipsi per se sapiant, tamen confirmantur eorum consilia, quando sentiunt prudentibus idem videri. Plus vident oculi, quam oculus, it. Broidæ. *d. C. 5. pag.* 450. Subdens, inde prudenter iudiciis consilium prudentum nostro tempore adhiberi. Ac hodie sane eo nihil receptius, quo Principes ipsi consultis Facultatibus iurisdicis, collegiis, vel Scabinatibus, quos vocant, in academiis sententiam ferre solent, verbis ab hisce ita conceptis: *Erkennen wir auff Rath der rechtverstendigen* &c. Habito consilio peritorum decernimus &c. De consilio prudentis quando caussa ad id remittenda, & quando id necessarium, fuse Horat. Carpan. *Statut. Medio. Vol. 1. C. 17 & C. 57. & seq.* Iure Saxonico assessorum vices obtinere Scabinos, statuit Schrad. *de Feud. P. 10. Sect. 13. n. 2* Quod non omnino admittit Matth. Steph. *Lib. 2. de iurisdict. P. 2. C. 4.*

5) *L. 30. de excus. tut.* vid. Broidæ. *d. Cap. 5. p.* 448. *& seq.* Ioach. Steph. 3 *de iurisdict* 10. late Rebuff. *in Auth. habita* v. *examinatione pag* 570. *& seqq.* Qui tamen non tales assessores, de qualibus hic agitur. Qui & non sedebant, sed circum solium Imperatorum stabant, Ioach. Steph. *d. C.* 10. *n.* 4. Qui eodem *Lib. 1. C. 1. n. 32 & seq.* Consistoria vocata docet, quæ Alexandri Severi tempore frequentia ICtorum florere cœperunt. Quod non, uti in Synedriis, consiliarii sedendo, sed stando caussas exaudirent, & sententias dictarent, principe solo in maiestatis solio sedente, add. Paurmeist. 2. *de iurisdict. 5. n. 4. & seqq.*

6) Et Ulpianus Prætori se assedisse scribit *L. 9. §. 3. Quod met. ca.*

7) *L. 4. de extr. cogn.* Agell. 12. *Noct.* 13. Sic Sueton. *in Nerone* scribere vel dictare testamenta studiosos, id est iurisperitos *L.* 88. *in f. de L. 2.* Ræv. 2. *Conject.* 10. Quin imo Cuiac. *in Nov. 44.* non idem omnino esse iurisperitos, ac iuris studiosos. Tabelliones, ait, sunt iurisperiti *Nov. 66.* Separantur autem a studiosis *L. 9. §. 4. de pæn.* Iuris studiosi, subdit, sunt interpretes iuris & ICti. Iurisperiti vero advocati, pragmatici, tabularii. Confer Lickiama 1. *Membr.* 14. Instructi atque assessores iuris cognitione esse debent. Tametsi Menoch. *Arb. Cas.* 253. *n.* 3. id ab eligentis arbitrio pendere per *C. statutum* 11. *§. assessorem 5. de rescript. in 6.* ibi, *quod conscientiæ relinquatur*, quia, ait; si imperitum elegerit, ipse pœnas dabit.

8) Consiliarii *L. 5. D. L. 3. C. h. t.* Comites *L. 6. §. pen. de pæn. L. 4. h. t. & simil.* Cuiac. 7. *Obs.* 21. Forcat. *Dial.* 62. *n.* 2. Planc apud Germanos olim Tacit. *de Morib. Germ.* & Francos iudices ordinarios comites vocati, Freher *Orig. Palat. Cap.* 2. ut & in libris Feudorum 2. *F.* 27. pluries Hot. *Lex. Feud.* v. *Comites.* Postea dignitas hæc, uti hodie est, hereditaria effecta. De quo & unde comites ac nostrati Grassen dicti, Christ. Coler. *Parerg. C.* 27. Marc. Lycklama 5 *Membran.* 9. Vocantur & Participes *L. 1. C. si rect. prov. L. 1. C. de contr. iud. L. 2. Cod. de inc. nupt.* Cuiac. *ad Nov.* 119.

9) Eiss vulgo versum sit collegam παρέδρους autem dicti consiliarii, quos tribus Atheniensium ad concionem miserunt, de quibus Ioach. Steph. *Lib. de iurisdict. Iuda. Græc. &c. C. 3. n.* 26. Possard. *de Magistr. Athen. C.* 26.

10) Quia ICtum virum bonum esse oportet, Freher. *Lib. 3. de Infam. C. 29. n.* 11. Rosb. *Process. Tit. 7. n.* 10. Et illegitime quoque natum arceri, etsi legitimatus sit, vult Myns. 4 *Obs.* 31. Sed & ut perfectæ ætatis sit ac 25. annis maior, requirit Menoch. *Arb. Cas.* 253. *n.* 8. Laicum autem assidere posse Episcopo etiam in caussis criminalibus contra clericos, statuit Decian. 4. *Tr. crimin. C. 19. n.* 73. ex communi opinione.

quod non fine caussa proposuit Ulpianus, quia dubitari de eo verisimiliter poterat, propter severitatem, ut opinor, moremque maiorum. Apud quos in cohorte prætoria, ex qua & assessores sunt, libertos apparitorum, scribarum, accensorum muneribus, hoc est, vilioribus illis functos reperio, nunquam assessorum. Cicero *de provincia administranda* ad Quintum fratrem: *Accensus sit eo numero etiam quo eum maiores nostri esse voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, sed in laboris ac muneris non temere nisi libertis suis deferebant, quibus illi non multo secus ac servis imperabant*. Sic Alexander Imperator, cui præ cæteris familiaris Ulpianus fuit, rescripsit libertos, si literis eruditi essent, etiam advocatorum officio fungi posse. *L. 2. C. de postuland.*

VII. Deinde in patria sua, vel in ea provincia, ex qua oriundi sunt, assidere [11] prohibentur. *L. in consiliariis*, 10. *C. de assessorib.* Ratio illa est, quæ in aliis omnibus quoque valuit, quibus ne magistratum, vel administrationem aliquam in patria sua gererent, severissime legibus & constitutionibus principum interdictum est, *tit. C. Ut nulli patriæ suæ*, &c. & ibi pluribus annotatis legibus. Quod quidem a Marco Imperatore non tam introductum, ut Xiphilinus & Zonaras credi volunt, quam renovatum ex veteribus legibus, ac moribus putandum est, *d. L. in consiliariis*, cum similibus. Ratio a Paulo hæc redditur in officio fiscalis, sed quæ generaliter ad omnes pertinet, ne quis gratiosus, aut calumniosus apud suos esse videatur. *Lib. 5. sententiar. tit. 12. §. in ea provincia*. Sed ego aliam rationem huius interdicti non multo, quam Pauli, deteriorem, ex eodem Marci Tullii libro sive epistola odoratus mihi videor. Monet ille fratrem Asiæ prætorem, ut sibi quam diligentissime caveat a provincialium hominum familiaritate atque usu; *propterea quod & omnes*, inquit *vias pecuniæ norunt, & omnia pecuniæ caussa faciunt: & qui cum victuri non sunt, eius existimationi consulere non curant*. Quibus ex verbis licet intelligere, cum nullam virtutem magis, quam innocentiam & continentiam in magistratibus præsertim provincialibus spectandam esse Romani duxerint, hoc quoque vidisse, eam ob caussam non esse in provinciæ administratione eius provinciæ populares admittendos. Ad Romanos enim illos veteres institutum hoc refero. Quanvis Spartianus de assessoribus Pescennio Nigro tribuere videatur, cum ait, *Huius etiam illud fuit, ut nemo assideret in sua provincia*. Sed manifesto refellitur & ipse, & eum secutus Duarenus ex *d. L. in consiliariis*. Ubi antiquæ leges & constitutiones retro principum nominantur; satisque idem apparet ex responsis Iurisconsultorum, qui ante Nigrum vixerunt. Leges autem antiquas in *d. L. in consiliariis* suspicari quis posset esse legem Iuliam & Papiam: ad quas leges hac ipsa de re, & Paulus, & Ulpianus, tractaverunt, ut patet ex inscriptionibus. *L. 36.* & *L. 37. D. quib. ex cauf. maior.* Sed habet ea res quidem in assessoribus multiplex, ut video, temperamentum.

VIII. Primum est, si forte provincia, ex qua quis oriundus est, postea in duas divisa fuerit, & sub duobus præsidibus constituta, velut (verba Macri sunt in *L. 3. D. de offic. assessor.*) Germania, Misia: ex altera ortus, in altera assidebit, nec videtur in sua provincia adsedisse. Et merito, nam in magna & vasta provincia rationes illæ supra a me illatæ cessant.

IX.

11) Menoch. 5. *Præsumpt.* 12. *n.* 9. Ant. Fab. *ad L.* 3. *h. t.* P. Greg. 47. *Synt.* 50. *n.* 13. ne si cives, civibus præsint, vel nimia indulgentia illis parcant, vel odio veteri, præter modum in illos sæviant. Ac quia in patria multis fere quilibet cognationibus & necessitudinibus implicatus, quibus rebus iudiciorum religio ac severitas impediretur, Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. *p. m.* 519 P. Fab. *ad L.* 37. *ex quib. ca. mai.* Hinc nec Rector provinciæ ex ea ortus esse potest *L. ult. C. de off. Rect. prov.* Et generatim ne quis officia gereret, aut magistratus in sua provincia cautum, nisi gratia a principe facta *L. ult. C. de crim. sacril. L. 3. C. de divers. off. Lib.* 12. *tit.* 60. Et rationem aliam reddit Baro. *ad d. L.* 3. quia fisci utilitati magis consulturi extra provinciam nati; aliam Rosb. *Process. Tit.* 7. *n.* 16. quia magistratus magnifieri & honorari decet. In Patria autem quisque fere minus acceptus. Et ut assessor sit exterus, usu pene ubique servari, scribit Menoch. *Cas.* 253. *in fin.* ac decreto Sabaudiæ caveri, Tessaur. *Decis.* 268. *n.* 1. Sic & apud Chinenses (quos ius civile, ac scriptas leges iuri nostro Cæsareo simillimas habere, prodidit Io. Metell. *in Præfat. ad Osor. p.* 34. & ICtos eorum magno in honore esse, testatur Osor. *Lib.* 11. *de Reb. gest. Emman. p.* 354.) nemini in ea urbe magistratui, aut iudici esse licet, in qua penates habuerit, Io. Consalv. Mendoza *Lib.* 3. *de Regno China C.* 9. & 10. Quod & LL. Caroli V. & Philippi regum Galliæ decretum, sed quæ exoleverunt, Bodin. 4. *de Rep.* 4. *n.* 433. Contra ex *Statuto Mediol.* 414. nemo in Collegium iudicum recipiendus, nisi ipse, vel eius pater, ex civitate vel ducatu Mediolanensi oriundus sit, quod statutum favorabile esse, Hor. Carpan *ibid. n.* 7. Plane quoad alia officia, quæ in administrandis rebus & curis Reipublicæ magis quam exercendis litibus, versantur cives & originarii; si periti haberi possint, exteris præferendi omnino videntur, cum & illi mores ac instituta patriæ, & popularium magis calleant, & pro naturali in patriam amore maiori sedulitate & fide administraturi censeantur, vid. Menoch. *d. Præsumpt.* 12. *tota*, Rosb. *d. Tit.* 7. *n.* 13. & *seq.* Myns. 4 *Obs.* 30. Confer. P. Greg. 4. *de Rep. C.* *n.* 9. & 10. Lips. 3 *Polit.* 4. Et quoties ratio illa suspicionis in iudicibus cessat, a dispositione recte receditur. Uti *ord. Cam. Imp. P.* 1. *tit.* 4. §. *Und wo aber* originarii cuiusvis provinciæ, extraneis præferuntur. Neque enim hic gratiæ aut calumniæ æque locus, cum caussas utique suorum popularium, non soli, sed cum collegis, qui aliarum sunt provinciarum, disceptent.

IX. Secundum temperamentum, sive secunda exceptio, quod remissum nonnihil de hac severitate videtur iisdem principum constitutionibus: ut videlicet unicuique liceat quatuor menses in patria sua assidere. *d. L. in consiliariis, L. hi qui in provincia*, 37. *D. ex quib. caus. maior.* forte, quia tam brevi tempore non multa peccare possent: & quia (quod magis verisimile puto) repentino sæpe decessu, aut morte assessorum præses non ita facile, aut cito alios ex aliis provinciis advocare sibi in consilium queat. Neque enim eruditorum, & præstantium hominum vulgaris & parabilis copia est, unde mirari non debemus, in *L. ult. D. de proxenet.* ab Ulpiano nominari proxenetas assesturæ, idest, eos, qui assessoris operam magistratui præsidive conciliat, ut in emptionibus, & aliis negociis proxenetæ, & pararii solent. Pro quo etiam deberi illis, ait honorarium, quod ipse [illegible] appellat. Atque huc nimirum pertinet Caii Cæsaris ille iocus ad Marcum Tullium, a quo Trebatius Testa I. C. ei in Galliam missus fuerat, antea in tanta hominum multitudine non fuisse sibi, qui vadimonium posset concipere. Eo quoque pertinere arbitror, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus in *L. 1. C. de assessorib.* rescripserunt, assessores & consiliorum participes spe præmiorum atque honorificentia ab præsidibus provocari oportere, non metu terribili, & necessitate incongrua libertati.

X. Tertia exceptio est, quod etiam sine præscriptione huius temporis solet interdum princeps speciali beneficio [12] permittere, ut in sua patria assideant. *L. si cui*, 38. *D. quib. ex caus. maior.* & *d. L. in consiliariis*. Accursius & cæteri eum secuti vulgo interpretes, non hanc novam exceptionem faciunt, sed conditionem & temperamentum superioris. Aiunt enim licere quatuor menses in provincia sua assidere, sed ita, si princeps permittat atque indulgeat. Quod si verum esset, cur igitur Paulus dicit: constitutionibus id concessum esse? *d. L. 5. hi qui*, 37. Cur Imperatores ipsi legibus antiquis, & principum scitis hoc adscribunt, in *d. L. in consiliariis?* Hæc enim inter se pugnant, constitutionibus & legibus quid concessum esse, & speciali beneficio principis permitti oportere, ut Ulpianus loquitur in *d. L.* 38. Quod etiam clare demonstrat *d. L. in consiliariis*. In qua cum dictum esset ultra quatuor menses assidere contra leges antiquas & principum scita, & propterea, qui fecerit pœna dignum esse: in fine legis adiicitur illa exceptio, *nisi per cœleste oraculum, vel amplissimæ tuæ sedis* (præfecti prætorio scilicet) *præceptionem sese defendat*. Quod quid aliud est, quam etiam ultra quatuor menses assidere quem in provincia sua posse, siquidem princeps aut præfectus prætorio ei præceperit permiseritve?

XI. Quarta exceptio est in *L. ult. D. de offic. assessor.* ubi Papinianus scribit, *in consilium curatoris Reipublicæ vir eiusdem civitatis assidere non prohibetur: quia publico*, inquit, *salario non fruitur*. Assessor scilicet eius. Cur autem ei salarium de publico constitutum non sit, ratio illa videtur, quæ & Paulo Castrensi placuit, quia paucæ & parvæ sunt caussæ ad hunc curatorem pertinentes. Curator Reipublicæ est, qui ea curat, quæ ad decus & usus civitatis pertinent sine iurisdictione tamen, & sine iure dicendæ mulctæ. *L. Lucius, §. Sempronii, D de administratio. tutor. L.* [13] *ad curatoris, D. de dam. infect. L. 2. Cod. de modo mulct.* Male iidem interpretes pro curatore fisci exponunt. Cum igitur sine salario, aut exiguo salario nemo facile reperiatur, qui operam suam alteri accommodare velit, ideo admissum est, ut civis assidere [14] curatori civitatis suæ possit.

XII. Præterea illud in assessorum persona requirimus: non debent duobus magistratibus uno eodemque tempore assidere, vel in iudiciis alio fungi, quam assessoris munere, puta, advocati. Utrumque legibus olim cautum, postremo Iustiniani constitutione diligentius ac severius sancitum, quæ extat in [15] *L. ult. Cod. de assessor.* Quemadmodum legibus Atheniensium interdictum erat, ne Areopagites eodem tempore posset aliis in locis iudicare, quam Athenis. Utriusque interdictionis eadem ratio a Iustiniano adfertur, quod difficile sit, duas res quem agere simul recte posse. In advocatione illa præterea ratio est gravissima, quod cum assessores sint iudicis consiliarii & familiares, quanvis

12) *L. ult. C. de crim. sacril.* Et hic utique etiam ultra quatuor menses adsidere potest, etsi clausula derogatoria, non obstantibus constitutionibus, non adiecta, contra quam Accurs. *in d. L. 37. ex quib. cau. mai.* quem refellit Ant. Fab. *ibid.*

13) Ubi vid. *not.* Goth. *&* *ad L. 3. Cod. de mo. mulct.* Coras. *ad d. L. ult. & 3. Misc. 6.* Cuiac. *12. Obs. 30. sub fin. & ad L. 30. C. de decur.*

14) Quare in *d. L. 10. C. h. t.* exstat vero *moderatoribus*, quæ præsides & rectores provinciarum significat, Briss. 1. *Antiq.* 12.

15) Ubi ratio. Ad quod consentientes sententias de animo pluribus curis non implicando eodem tempore profert Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 25.

vis non in eadem caussa, & advocatus, & assessor fit: tamen non possit ea res carere suspicione. Hanc rationem autem a Iustiniano præteritam arbitror, quia generaliter voluit, ne quis assessor advocati munere fungeretur, hoc est, etiam apud alium magistratum, & in alio auditorio, quam in quo assideret. Id enim & ratio ab illo exposita in *d. L. ultim.* & verba omnia satis demonstrant. Qua lege [16] abrogatam iam intelligimus *L. consiliariis, 5. D. de offic. assessor.*

XIII. Duo adhuc supersunt in personis assessorum explicanda. Quorum unum illud est, assessoribus semel deposito assessuræ officio non videri licuisse ad idem officium redire. *L. nemo, 5. C. de assess.* sed obstat *L. liceat, 12. C. eod. tit.* ubi licentia permittitur omnibus iudicibus consiliarios sibi eosdem secundo ac tertio, & sæpius adiungere: addita præclara ratione, *quia qui semel recte cognitus est, non debeat ob hoc solum, quod iam probatus est improbari.* Respondere possum *d. L. nemo*, loqui de domesticis & cancellariis, quorum nullo modo eadem ratio sit, quæ assessorum, ut mox dicam. Sed tutius est dicere in eadem provincia prohiberi etiam assessores iterum assidere, non in alia, & ita *L. nemo, 5.* accipi etiam in assessoribus posse. Nam & *L. nemo, 6. eod. tit.* & *L. un. C. ad leg. Iul. de amb.* generaliter de omnibus etiam comitibus & officiariis loquuntur.

XIV. Iam alterum est, quod monere volebam, priori simile: videndum esse, an licuerit præsidi aliive assessores secum in provinciam ducere? Dubitationem facit *L. nullus iudicum. 8. C. de assessor.* ubi districte id prohiberi videtur. Sed est ea lex de domesticis, & cancellariis scripta, nec ad assessores trahi debet, quod Azo fecit. Sed quæ ratio differentiæ? Puto, quia perpetui erant isti domestici & cancellarii, quibus non poterat nisi summa iniuria munus suum eripi: & provincialibus quædam indulgenda sunt, magnoque ii æstimant sibi functiones aliquas relinqui & conservari, licet minus splendidas, ne omnino a Republica semoti esse videantur. Assessores autem, & similes vel a principe dabantur, ut generaliter de comitibus legatorum scriptum est, in *L. abesse, D. ex quibus cauf. maior.* eorumque nomina in principis commentarium referebantur, ut ibidem traditur: vel a magistratibus ipsis eligebantur & evocabantur, ut indicat *L. 1. C. de assessor.* & d. *L. ultim. §. [illegible] D. de excusat.* operaque interdum etiam parariorum utebantur ad eorum operas conducendas. *d. L. ult. de proxen.* eoque magis id necesse fuit, quo & minor eorum copia erat, & maior cum dignitas, tum auctoritas.

XV. Nunc de officio assessorum videamus, quod Paulus breviter sic describit in *L. 1. D.* illo tit. *Omne*, inquit, *officium assessoris, quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his fere caussis constat, in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis.* Quæ omnia, atque etiam plura, Iustinianus uno verbo complexus est in *Novell. 82.* in princip. ubi assessores dicit esse, [illegible] qui explicant ea, quæ ex legibus descendunt, sive quæ ad ius pertinent. Et recte, explicant: hoc est, iudicem docent atque instruunt. Ipsi autem assessores non iudicant, neque sunt iudices. Nemo enim assessor esse sibi potest, vel consiliarius: sed magistratui tantum vel iudici a principe delegato. Nam & hic assessores suos habet tanquam magistratus, utpote, qui & iudicem alium subdelegare potest. *Novel. 60.* & *L. a iudice. C. de iudic.* Ab alio delegatus assessorem habere non potest, etiam iure pontificio, nisi eo indigeat. *C. statutum, §. assessorem, extra de rescript. libro 6.* Quæ caussa est, quod assessores non iurant in leges, ut iudices. *L. rem non novam, C. de iudic.* & *Novel.* 8. Hinc est, quod Imperatores dicunt in *L. nunquam*, pen. & ultim. *C. de assessorib.* Consiliarios [17] iudicare non posse absente magistratu. Ius enim duntaxat magistratui suggerunt, unde & iudicis portio quædam esse assessor dicitur in *L. omnis. CTH. de his, quæ admin. trad. sunt.* Quare nec iudices eos dari posse verissimum est: ut mirer esse doctos viros, qui assessores a pedaneis iudicibus nihil distare dicant, citata ad id *Novel.* 60. in qua nihil probatur. Sed similitudo quædam iuris in utrisque ostenditur,

16) Ita sane Cuf. *in d. L. 5. n. 1.* Bero *ibid.* Verum contrarietas vitari potest. Neque enim *d. L. 5.* negocia aliena tractare consiliarium permittit in alieno auditorio, sed hic sensus, quod alius possit *Consiliari*, qui gignendi casus est, pro consiliarii *negocia*, in eodem tractare, Pac. 2. Q. 55. vel hic sensus A. Fab. *ibid.* Assessor non potest efficere ut de litibus suis disceptetur apud magistratum, cui assidet, etsi alias is sit competens iudex. Ut vero apud alium tractet sua negocia, non prohibetur. Nec cogitur exspectare (in quo ratio dubitationis) ut assessor esse desinat, sicuti magistratus temporalis *supra C. 4. N. 20.*

17) *Nov.* 60 *C. 2. pr.* Et aperte a pedaneis seiunguntur, quod assessoribus tantum particulares examinationes committantur, *Nov.* 82. *C. 2.* Wes *ad tit. C. de pedan. iud. n. 13.* Sed nec magistratus erant, verum iurisdictiones nomine præsidum conficiebant. Ioach. Steph. 3 *de iurisdict.* 12. *n.* 23. nec illis mandabatur iurisdictio, ut ostendit seiunctio *tit. de off. eius a tit. de assess.* Gorean. *Lib. 2. de iurisd. c. 46. & seq.*

ditur, ut recte ibi glossa exponit. Statutis tamen, & consuetudine locorum id hodie [18] mutatum est: nam & assessores solent iudices dari, & iurisdictionis etiam aliqua portio eis demandatur, teste Bartolo in *L. 1. D. de offic. assessor.* & in *L. iudicium solvitur, D. de iudic.* Nunc ad Paulum redeamus.

XVI. In officio assessoris ponit primo loco cognitiones. Quo verbo notum est in iure civili [19] caussarum omnium quæstiones, disceptationesque forenses contineri, sive pecuniariæ sint, sive criminales, sive publicæ, sive privatæ. In omnibus enim opera assessorum requiritur, ut quid in unaquaque re, iure, ac legibus præscriptum sit, magistratum edoceat. Magistratus enim cognitio est, non assessoris: cognoscere tribunal & iurisdictionem desiderat. *L. 3. §. cognoscit. D. de offic. præf. vigil. L. ubicunque, D. de regul. iur.* Unde cognitionaliter audire, in *L. 3. Cod. de quæstionib.* Hodie ex dicta Iustiniani *Novel.* 60. magistratus caussas cognoscere assessores suos iubere potest, dum apud ipsum litis contestatio atque sententiæ latio reservetur, itemque ultima cognitio coram eo peragatur, quod fit in conclusione litis seu causæ quam vocant, cum probationibus hinc inde allatis litigatores se nihil habere amplius dicunt. Posuit autem Paulus primo loco cognitiones: quia magnam ac præcipuam partem illæ occupant assessorum studii ac muneris: utpote, quod in iudiciis potissimum versetur. Sunt & actiones quædam, quæ non dantur, nisi causa cognita, ut de dolo, ut actio utilis ex edicto, si quis omissa caussa testamenti. *L. quia, §. non simpliciter, D. illo tit.* & huc igitur cognitionis nomen pertinet.

XVII. Secundo loco ponit Paulus postulationes. Et id quoque vocabulum notum ac tritum. Significat autem Paulus, non assessores posse ipsos postulare: id enim severe iis interdictum supra demonstravimus ex constitutione Iustiniani, cuius ex mente omnia Iurisconsultorum responsa interpretari debemus: sed cum postulationes fiunt, & controversiæ ab aliis apud prætorem introducuntur, debet assessor videre, ne quid contra ordinem & edictum de postulando in ea re fiat, deque eo, si opus fuerit, magistratum admonere. Postulationes a cognitionibus pulchre distinguuntur in *L. 2. §. 2. D.* quis ordo in bonor. possess. *In bonorum possessione*, inquit Ulpianus, *quæ pro tribunali datur, illud quæritur, si sedit quidem prætor pro tribunali, sed postulationibus se non dedit: potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, cum præses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.*

XVIII. Tertio loco ponuntur a Paulo libelli. Quo nomine intelligit libellos, sive scripturas litigatorum, vel accusatorum. Cavere enim assessorem oportet, ne inepte concepti sint, ne rem aliquam minime honestam, aut concessam complectantur. Tales [20] libellos respuere ac reiicere præses debet assessoris consilio. *L. ne quidquam, §. observare D. de offic. proconsul. L. quos prohibet, D. de postuland.* Quid est autem, quod a Constantino sancitur magnis pœnis in *L. 2. C. de assessoribus*. Præsides non per assessores, sed per se subscribant libellis? Et opinor intelligi libellos, quos de causa aliqua privati vel iudices offerebant principi, vel etiam magistratui, ut apparet ex *L. eum quem, D. de iudic.* ad eos libellos solebat princeps respondere iis subscribendo, quid de ea quæstione iudicaret. Unde & subscriptiones appellantur ea rescripta, in *§. 1. Instit. quib. non est permiss. fac. testamen.* His igitur ac similibus libellis magistratus per se debent subscribere, atque huc libenter retulerim præceptum illud Marci Tullii ad Q. Fratrem; *Sit annulus tuus*, inquit; *non ut vas aliquod, sed tanquam ipse tu: non minister alienæ voluntatis, sed testis tuæ.* Habuerunt & assessores sua sigilla, quibus in certis negociis uterentur atque actibus, ut indicatur in *L. ult. §. 2. C. de assessor.* Sed & a principe illis interdum permissum fuit libellis, quos supra dixi, subscribere, *d. L. 2.* In appellationibus debet magistratus, seu iudex ordinarius, a quo appellatum est, intra 30. dies edere acta litigatoribus cum sua relatione. *L. iudicibus, C. de appellation.* id est, in sua sub-

18) Vid. Rosbach. *Process. Tit. 7. n. 23. & seq.* Et ita hodie multi vocantur assessores, qui proprie non sunt, sed plerumque iurisdictionem habent, ut assessores Cameræ Imperialis, aliarumque Curiarum in provinciis imperii, Paul. Matth. Wehner. *Obs. pract. de V. S.* verbo *Cammergericht pag.* 73. Matth. Steph. *Lib. 2. de iurisd. P. 2. C. 4. n. 20. & seq.* Quos Galli, *Senatores*, Itali, *Auditores* appellitant. Sane Doctores receptos in Collegium non habere iurisdictionem ordinariam, sed consulendi facultatem in caussis sibi commissis, notat Horat. Carpan. *Stat. Mediol.* C. 414. *n.* 24. *Vol.* 1.

19) Tametsi Baro in *d. L. 1.* per eas accipiat cognitiones extraordinarias, quæ præscriptas formulas non habebant, sed totæ ex officio magistratuum pendebant.

20) Ita Azo in *sum. Cod. h. t. n. 4. & 5.* Sed Baro *d. loc.* postulationes intelligit, petitiones, quæ caussæ cognitionem requirunt; libellos vero eas, quæ sola subscriptione principis vel magistratus expediuntur *L. 9. 1. de off. procons.*

ſubſcriptione (in qua rei cui ſubſcribit, mentio continetur) ut *Novell. 126. C. 3.*

XIX. Quarto loco numerantur edicta. Ea ſcilicet, quæ a præſidibus proponuntur de Iure dicundo: quæque edicti provincialis nomine ſignificantur, ad quod multi Iuriſconſultorum ſcripſere. Quinto loco decreta Paulus nominat. Quod verbum proprie pertinet ad ea, quæ pro iuriſdictione, & imperio, quod miſtum dicitur, magiſtratus ſtatuit, veluti, cum bonorum poſseſſiones dat, vel decretum interponit de [21] tranſactione alimentorum, de alienandis prædiis minorum, aliaque ſimilia. Cuiuſmodi decreta perperam Azo intelligit libellorum nomine, &c. in *L. 1. D. hoc tit.* & *L. 2. C. eod.*

XX. Poſtremo loco epiſtolæ commemorantur. Solebant enim præſides aliique magiſtratus ſæpe ad principem ſcribere de aliqua iuris quæſtione aliave re, quales ſunt epiſtolæ Plinii ad Traianum, & huius ad Plinium reſcripta. Quod & in libris noſtris frequentiſſime occurrit. Dixi de quæſtione iuris: nam de facti quæſtionibus moris non ſuit conſulere aut reſcribere, ne apud Iuriſconſultos quidem. Qua de re videndus eſt Duarenus *Lib. 1. diſput. Cap. 41.* Intelligi etiam epiſtolarum nomine poſſunt illæ, quas præſides ad alterius provinciæ moderatores mittebant, ſi forte aliquæ res incidiſſent, de quibus rogari eos oporteret, puta teſtium evocationes vel examinationes. *L. 3.* in fin. *D. de teſt.* qua de re cautum eſt in *Cap. præſentium, extra de teſt. Lib. 6.* vel ſi reus in alterius præſidis provinciam transfugerit, ut eum remittat. *Novel. 534 §. ſi quis vero*, ubi [illegible] vocatur, ut in *Novel. 17.* [illegible] aliiſque plurimis in negociis, quæ huc referri non eſt necesſe, hic uſus eſt. Has igitur epiſtolas omnes componere, ad aſsesſorum munus pertinet. Scribere & expedire non ad ipſos, ſed ad cancellarios, quos olim vocabant, quos recte Accurſius [22] ſcribas, ſive notarios interpretatur ad *L. 3. C. de aſſeſſorib.*

XXI. Hac in parte aſseſsoribus ſimiles fuere [23] quæſtores, qui candidati principis dicebantur, quique epiſtolas eius in ſenatu legebant, ut ſcribit Ulpianus in *L. unic. §.* fin. *D. de offic. quæſtor.* Et paulo ante, ſolis libris principalibus in ſenatu legendis eos vacare dixit. Solebant enim principes interdum ipſi ſuas orationes in ſenatu recitare, vel etiam alienas, ut Auguſtus orationem Metelli cenſoris: ſæpius autem per ſuos illos candidatos. Eæque tum epiſtolæ, tum orationes paſſim in libris noſtris occurrunt de Iure ſcriptæ: ut oratio D. Marci, de alimentis, Divi Severi, de donationibus inter virum & uxorem, aliæque innumerabiles. Ex qua ſimilitudine forte deceptus fuit Procopius, qui Paredrum, id eſt, aſseſsorem cum quæſtore confundit. Ait enim *lib. 1. de bello* Parthico: *Tribonianus Pamphilius Imperatoris paredrus, quem magiſtratum Romani quæſtorem, Latini Iuriſconſultum vocant.* Niſi dicamus paredrum latiori illa ſignificatione accepiſse pro conſiliario ſcilicet. Nam & Latinum nomen aſſeſſoris ſic accipi, ſupra demonſtravimus.

XXII. Proprie vero aſseſsor non modo a quæſtore, & huiuſmodi aliis, ſed etiam a conſiliario diſtinguitur, ut nominibus ſic muneribus; ut illo loco Zoſimi *lib. 5.* [illegible], inquit, [illegible]. Fuit, inquit, ſimul & aſseſsor & conſiliarius Stiliconis. Quod pertinet ad *L. ult. C. de aſſeſſorib.* in qua vetatur aſseſsor duobus officiis fungi. Non

Tom. V. B enim

21) Ita & Baro *d. loc.* quia cum diſceptationis ſint, plerunque ex conſilii ſententia fieri debent.

22) Covar. *pract. QQ. C. 44. n. 10. ſub fin.* Et in Conſtitutionibus Caroli M. ac Lotharii, Cancellarius pro notario & ſcriba quolibet ponitur, P. Greg. 47. *Synt.* 29. *n.* 1. qui a cancellis dictos vult, quod intra cancellos ſcriberent poſt Wolf. Laz. *Lib. 2. de Rip. C. 4.* Qui & a cancellis inde vocantur, & cancellos agere, Caſſiod. *Lib. 2. Inſt. Divin. & 11. Variar.* ubi munus cancellarii habetur, P. Pithœ. 2. *Adv. Subſec.* 12. ubi reprobat notationem, Turnebi *Adv.* 25. quam ſequitur Matt. Steph. 3. *de Iuriſd. P. 2. C. 14. n. 1. & ſeqq.* quod ductis cancellatim lineis ſcripta, quibus princeps ſubſcribere nolebat, cancellarint, id eſt vitiarint, induxerint. Secretum enim vel ſecretarium, dictus locus cancellis ſeptus, in quo cauſæ examinabantur, Pithœ. *d. loc.* Phil. Broid. *in Suppl. Hiſt. ſeri Poldeiic Lib. 5. C. 12. p.* 505. Nec recte, opinor, Ioach. Steph. *Lib. 3. de Iuriſd. C. 11. n.* 12. Aſſeſſores hos fuiſſe iudicum, vel a ſecretis eorum, qui & domeſtici vocentur *L. 1. C. ad L. Iul. repet.* Nam imo a domeſticis ſeiunguntur *L. 3. 5. 8. Cod. h. t.* Enimvero, non fuiſſe magnæ dignitatis hoc officium, conſtat. Vopiſc. *in Carino: Præfectum urbi unum ex Cancellariis ſuis fecit. Quo fedius nec cogitari potuit quidquam, nec dici.* Hodie ſane munus Cancellarii ſublime, ac inter palatinas dignitates, apex honorum, & veluti animi ambientis honoriſſimum, ut Broidæ. *d. loc.* Quem quæſtori Palatii comparat Gail. 1. *de Pa. publ.* 5. *n.* 19. Bocer. *de Iuriſd. C. 8. n.* 60. Matth Steph. 1. *de Iuriſdict* 14. *n.* 36. Cancellarium Franciæ, cuius ſumma & a Rege proxima dignitas, Præfecti prætorio inſtar eſſe, Budæ. *de Aſſe.* & annotat. *in Pand. tit. de off. præt.* add. Padilla *in L. 7. C. de diverſ. reſcript. n.* 6. P. Greg. & Covarr. *dd. locis.*

23) Longe tamen auguſtius, & magnificentius horum munus, qui eo auctoritatis venerunt, ut in epiſtolis, edictis, diplomatis recitandis ſubſcribendiſve loco principis eſſent, Baro *ad t. de off. Quæſt.* vid. Pollet. 1. *Hiſt. fore* 4. *n.* 8. Ioach. Steph 3. *de Iuriſd.* 11. Fr. Iuret. *in not. ad Symmach. Lib. 1. Epiſt.* 17. Luc In. Scoppa 1. *Collectan.* 14. Candidati vero Romanis, qui quemcunque magiſtratum ambiebant, a toga candida, qua induti, comitatuque clientum ac libertorum deducti, tribus ac curias circumibant, manus ſingulorum prehenſabant, obviis blandiendo, officiiſque, quibus poterant, gratiam demerendo, ſuffragia venabantur, Coraſ. *ad L. un. de off. Quæſt. n.* 5. Zaſ. *ad. L. 2. §. iiſdem temporibus* 20. *in D. L. n.* 10. *& ſeq* P. Fab. 1. *Semeſtr.* 20. Pontan. *Progymn. Vol.* 3. *P.* 2. *Progymn.* 16.

enim ut puto, consiliarius esse prohibetur in aliis rebus, quæ ad Ius non pertinent. Atque hæc nobis de officio assessoris dicta sunto.

XXIII. Quod officium recte nominaveris assessorium. Laudatur enim ab Ulpiano Sabinus in assessorio. *L. lex Cornelia, §. hac lege, D. de iniur.* Quo libro assessoris omne officium explicavisse videtur. De quo & Puteolanus libros assessoriorum titulo scripsit. Eodem teste in *L. nam et si, D. de pact.* Existimoque omnia, quæ ad ordinem & formam iudiciorum pertinent eos complexos fuisse, sicut & Paulus, & alii, qui de officio assessorum libros edidere: ut indicio est *L. edictum, D. de iudic.* Nec quicquam discrepasse arbitror eorum de assessoris officio libros, a libris Tuberonis, de officio iudicis scriptis, quos Aulus Gellius citat *lib.* 14. *Cap.* 2.

XXIV. His ita de officio assessorum expositis, nunc & præmia eorum cognoscamus, quæ ipsis propter laborem studiorum debentur, ut est in *L.* 1. *C. de assessor.* Primum est honor ipse ac dignitas. Argumento *d. L.* 1. & *L.* 3. *D. eodem tit.* ioepte Iason honorem esse, dignitatem non esse. Cicero Philipp. 5. *o consessum iudicum præclarum, o dignitatem consilii admirandam.* Quanvis alio sensu hæc Cicero. Sed quemadmodum consiliarii principum vocantur ab ipsismet principibus pars corporis nostri. *L. quisquis, C. ad leg. Iul. maiestat.* Sic & assessores vocantur portio iudicum sive magistratuum, quibus adsident. *L. omnis. C. The. de his quæ admin. trad. sunt.* Quapropter violari maiestatem prætoris, vel alterius, qui iurisdictioni præest, violato assessore eius putandum est, *argum. d. L. quisquis.*

XXV. Secundum est ab eadem dignitate profectum: liberi enim & immunes sunt a tutelis atque ab omni onere iudictionum, & munerum. *L. non solum, §. similiter, D. de excusationib.* de qua lege supra. *L. non minus, Cod. de assessorib. L. legato, D. de vacationib. muner.* iisque immunitatibus non solum dum in officio sunt, sed etiam deposito officio fruuntur, *d. L. non minus.* Ubi & pœna statuitur adversus impugnantes.

XXVI. Tertium est ex edicto prætoris de iis, qui Reipublicæ caussa absunt, si eam ob rem eoque tempore læsi fuerint, damnumve acceperint, ut nimirum in integrum restituantur. *L. hi qui in provincia*, 37. & *L. si cui* sequen. *D. quib. ex caus. maior.* Sed & alia privilegia eis conceduntur, quæ solent tribui iis, qui Reipublicæ caussa absunt, argumento *d. L. si cui.*

XXVII. Quartum est in rebus in assessura acquisitis, ut iure peculii castrensis & habeantur, & vindicentur. *L. velut*, 7. *C. de assessorib.* cuius verba sunt: *velut castrense peculium filiifamilias assessores etiam post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores provinciarum iuvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coaduuare potuerint.* Ex quibus postremis verbis satis indicatur præter salarium, quod de publico habebant, aliquid [24] iure moreque potuisse ex officio suo lucrari.

XXVIII. Postremum ac præcipuum præmium est salarium publicum iis ab Alexandro Severo & Pescennio Nigro constitutum, Spartiano & Lampridio testibus. Sed ita tamen, ut opinor, constitutum, ut id [25] per manus præsidum, aut aliorum, quibus assidebant, acciperent, ut indicat *L. diem functo, D. de offic. assessor.* & *L.* 1. *C. de assessor.* ubi dicitur debere præsides spe præmiorum provocare coosiliorum participes. Iure pontificio a litigatoribus interdum honorarium assessori debetur, ut in specie *Cap. statutum, §. assessorem, de rescript. Lib.* 6. Igitur præsides ac reliqui magistratus salaria assessoribus solvebant, sed de publico. Et hoc est quod Papinianus in *L. ult. D. de offic. assessor.* separat assessorem Curatoris Reipublicæ ab aliis; quia is non fruatur publico salario.

XXIX. Ante Pescennii tempora non existimo publico salario, id est, ex ærario Principis, fruitos fuisse, sed ab iis, qui eorum opera utebantur constitui ac pendi solitum. Et extat D. Pii rescriptum in *L. Divus, D. de extraord. cognition.* posse iuris studiosos salarium petere atque exigere; sed pugnare cum eo videtur Ulpianus, qui iisdem temporibus vixit, iisdemque honoribus perfunctus est cum Paulo, cuius est *d. L. Divus.* Uterque enim assessor Papiniani fuit, ut non ferendum videatur, si etiam de suo salario non consenserint. Scribit enim Ulpianus, Iuris

24) Facit *C.* 11. §. *assessorem* 5. *de rescript. in* 6. ubi, si salarium non habeant, de eo litigatores provident.

25) Præses seu legatus Cæsaris salarium accipiebat quotannis una summa ex ærario, vel a fisco ex constitutionibus Pescennii Nigri, ut Spartianus in eius vita. Quod in provincia deinde anno finito, assessoribus distribuebat, Ioach. Steph. 3. *de Iurisdict.* 12. *n.* 19. *& seq.* Forcat. *Dial.* 62. *n.* 4. Salario non definito, iudicis arbitrio pro consuetudine loci & conditione personæ id æstimandum, Menoch. *C.* 254.

Iuris professores honorarium petere non posse, nec si petant, ius eis dici oportere. Idemque mox & de Comitibus adfirmat. *L. 1. §. proinde*, & *§. sed etsi Comites*, *D. eod. tit. De extraord. cogn.* Nam quod [26] quidam eruditissimi viri ad horum locorum conciliationem adferunt, Ulpianum de veteri iure ac more loqui, de novo Paulum, vereor ne id non satis dignum sit ipsorum existimatione: sed res ita videtur expedienda esse. Ulpianus non de Assessoribus, sed de iuris Professoribus diserte loquitur in *d. §. proinde*. Iuris professores non petunt honeste in iudicio honorem id est mercedem a discipulis suis: quia iuris scientia sanctissima est, nec dehonestanda precio nummario, inquit: & quia honor is in ingressu Sacramenti offerri debuit. Ita enim Ulpiani sententiam accipio, ut duas rationes adferat, quare ius dici non debeat iuris Professoribus salarium petentibus. Una est a sanctitate civilis sapientiæ, eaque patet per sese. Altera obscurior est, sed sensus est, debuisse discipulos honorem sive salarium offerre præceptori in ingressu sacramenti, id est, eo tempore, quo in disciplinam recipiebantur, & forte iurabant se non avaritiæ & lucri caussa civilem scientiam apud eum velle discere, eamque, cum didicerint, caste integreque habituros: Cuiusmodi iusiurandum Medicis suis Hippocrates præivit ac præscripsit. Quæ expositio in privatis illis ac veteribus iuris Professoribus valet, non ita in iis qui cœpere postea publice ius profiteri. In his enim illa expositio magis probaretur ut ipsi potius iusiurandum initio suæ professuræ dederint, quibus etiam publicum stipendium constitutum fuit, aut certe constitui debuit. Difficilior responsio est ad *§. sed & si*, qui loquitur de Comitibus; & ait si salarium petant, idem ius esse, quod in professoribus. Comites autem pro iuris studiosis & assessoribus accipi notum est, *d. L. diem functo*, *cum simil.* At iuris studiosos exigere salarium posse ex D. Pii rescripto Paulus probat *d. L. Divus*. Quid dicemus? Et puto Comites in *d. §. sed & si*, non esse pro assessoribus capiendos. Significantur quidem hoc nomine interdum assessores, & ex Comitibus, ex cohorte prætoria dicuntur esse. Sed tamen negari non potest Comitum appellationem multo latius fundi. Nam & ipsi Medici, & accensi aliique domestici eo nomine continentur. Dicendum igitur Ulpianum loqui de Comitibus, exceptis assessoribus, ac iuris studiosis. Atque ita nihil huic loco *L. Divus* adversabitur: cum manifestissimum sit generi per speciem solere derogari. *L. in toto*, *D. de regul. iur.* Nisi dicamus, *L. Divus*, de advocatis esse interpretandam: quod non placet: & tamen hoc magis placet; quam quod de constituto, & non constituto salario hic Accursius aliique divinant.

XXX. Ad hunc locum pertinet explicatio celebris responsi Papiniani in *L. diem functo*, *D. de offic. assess.* De quo magnæ fuerunt nostrorum interpretum concertationes. Sed constituta scriptura, facilior erit interpretatio. In Pandectis Florentinis ita est, ut edidit Antonius Contius. *Diem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitutum est, debetur: modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.* Hæc Papinianus. In hoc responso illa verba vacillant, *quod a legatis præstitutum est*. Nam alii legunt, *quod legatis, alii præstitum*, alii *præstandum*, & hæc ipsa cum verbo, *legatis*, varie: hinc illa varietas interpretationum, quam licet de Iasone cognoscas. Ego, quod mihi rectius videtur, exponam: tueborque Florentini codicis lectionem: nisi quod offendit nonnihil me illa mutatio numeri, usitata alioquin bonis autboribus, in voce, a legatis: forte in archetypo fuit, a LEGATO IS, ut sit, a legato iis. Nam in Florentinis Pandectis nullam esse verborum distinctionem, sed totos versus continenti scriptura exaratos esse dicunt, aut etiam excidit litera O, aut a librario extrita fuit, ut solebant olim; veluti cum restituturi, pro restitutum iri, & similia multa in iisdem Pandectis, atque aliis veterum libris ad eundem modum leguntur. Mirum certe, quantam lucem hæc levis mutatio sive correctiuncula nostra toti sententiæ adferat: quam esse hanc puto. Mortuo Cæsaris legato, debetur eius comitibus sive assessoribus salarium etiam residui temporis, quod tempus [27] a legato iis præstitutum est, cum eorum operam conduceret. Verbum enim

26) Male Cuiac. 7. *Obs.* 25. quod in *d. L. 1. §. 5. & 8.* ex veteri iure vel more scribitur, corrigi ex rescripto D. Pii *d. L.* 4. Quasi vero Divus Pius posterior Ulpiano fuerit, & non multis annis anterior.

27) Charond. 1. *Verisim.* 9. legit *a legato præstitutum*, id est tempus præfinitum, ut exponit, itaque Florentiæ legi perhibet. Ioach. Steph. *d. C.* 12. *n.* 20. legit *quod legatis præstitum est*, nulla mentione variantis lectionis. Quomodo & legendum putat Forcat. *d. n.* 4. ut sensus sit. Pro residuo anni tempore ita demum &c. si iam præstituti sit ipsi præsidi ex ærario principis. Ex alia, ait, lectione, absonus sensus. Quid enim si sex anni præstitu-

præstitutum, quamvis non minus commode ad salarium referri possit, malo tamen *ad tempus*, quod proxime ab eo abest. Sed utro referas, idem sensus. Nam cum quis alterius operam conducit, præsertim ad rem incertam & infinitam, ut in nostro casu, certam mercedem pro certo tempore pacisci solet, puta pro anno, aut semestri. Quare si conductor, sive legatus, intra annum vel semestre decedat, nihilominus assessori debetur integri temporis, idest, totius semestris vel anni salarium. Ratio est non ex dignitate assessorum petenda, sed ex eo, quod initi bonæ fidei [28] iudicio (quale hic est, locati conducti) ut opera certum ad tempus locata, si per locatorem non steterit, quo minus eam ad finem usque præstaret, id ei fraudi esse non debeat: ut scriptum est in *L. sed addes*, *§. cum quidam*. cui subiectus est continuo *§. Papinianus*, alias *L. diem functo*, *D. locat.* ubi continetur hoc idem Papiniani responsum, quod nunc Interpretamur ex *tit. de offic. assessor.* nisi quod ea verba, quæ occasionem rixæ in hoc titulo dederunt, in titulo illo locati desunt; sed & extrema pars responsi, de qua postea, superioris sententiæ hæc subiicitur a Papiniano exceptio, nisi comites cum aliis eodem tempore (residuo illo scilicet) fuerint: quod idem generalius traditum est in *d. L. sed addes*, *§. cum quidam*. Neque enim æquum est duplices mercedes aliquem eodem tempore ex eadem opera, & adsessura capere. Non semper, vel assessores, vel alii reperiunt, quibus operam & ministerium suum adcommodent, aut locent. Igitur postulabat æquitas, ut pro eo quoque tempore, quod residuum est ex præstituto, integra merces eis persolvatur; quæ æquitas cessat, si eo tempore ceperiant, quibus inserviant. Adiicitur in *d. L. diem functo*, *D. de off. assess.* quod antea dictum est de legato mortuo ante tempus assessoris operæ præstitutum, non idem, sed diversum servari in legato, *qui successorem ante tempus accepit*. *Ante tempus* intellige, præmature, vel ante diem a legato cum assessore suo conventum. Non debetur igitur huius assessori salarium residui temporis, ut deberi diximus assessori mortui. Sed quæ ratio? Vulgo illam adferunt, a qua nec [29] Alciatus abhorret *Lib. 4. dispunct. Cap. 4.* quod cui successor ante tempus a Principe datus est, is ob culpam remotus sit, cuius culpæ esse assessores participes intelliguntur; quod mihi ineptum, & nugatorium videtur; neque rationem aliam exquirendam puto, quam quod ita principi & legislatori visum sit; quod ipse propemodum innuit Papinianus, cum illis verbis utitur, diversum in eo servatur. Si quid tamen ariolari licet, existimaverim, sive ob delictum remotus legatus sit; quoniam pœna eum sequatur, & familia forte, pecuniæque publicantur, non fuisse illi hanc calamitatem insuper infligendam, ut assessoribus reliquisque comitibus, etiam residui temporis salarium expendere debeat; sive ob Reipublicæ alia negotia revocatus est, aliive provinciæ, aut muneri præpositus, non debuisse caussam publicam principis, qui salaria solvit, damno, assesso-
[illegible] ribus, [illegible]

stituti, legatusque primo anno moriatur, Numquid totius quinquennii salarium tribuemus? At nec hoc exceptiones subiectæ admittunt. Qui enim otiosus salario in tantum tempus potiri poterit, alii se assessorem non præbebit. Quin nec solebat præfiniri tempus, sed indefinite mittebantur, ut, si bene administrarent, diutius præsiderent, ac pro libitu eos princeps revocabat. Licet itaque non loquatur *d. L. 4.* de residuo anni: ita tamen accipi debet *arg. L. 2. §. ul. cum L. seq. Locati*; quia hoc tempus moderatum *L. 13. §. ul. eo.* ita Forcat. Quem ipsa *L. 4. in fin.* refellit verbis *ante tempus*, quæ convincunt omnino tempus præstitui solitum fuisse. Quanquam hoc largiendum, Principem id attendere necesse non habuisse, & ante id exactum revocare potuisse, quod & hæc ipsa lex arguit. Neque tamen facile aut temere, bonos principes id fecisse, admiserim. Plane si quid emendandum hic ducerem, delendam præpositionem *a*, quæ in editione Gothofredi lineolis inclusa est, dicerem. Quomodo sensus erit: Quod tempus Princeps, dum legatos in provinciam mittit, his expresse præstituit, annum forte vel biennium, idem tacite præstitutum videri eorum comitibus *C. accessorium de R. I. in 6.* Proinde eo usque illis salarium præstandum esse. Sed ut manus penitus abstineam, malo dicere transitum fieri a singulari ad pluralem, quod nec alias insolens, vid. Zas. *ad L. 3 §. 2. Quod quis iur.* quemque hic fieri arguunt verba sequentia, *cum aliis*, non dicitur *cum alio*. Et voculam *præstitutum* refero ad tempus. Quia cum magistratus ipse eligit assessorem *L. 1. C. h. t. L. 10. § 6. de excus. tut.* utique & tempus illi præfinire potest. Quanquam si quis *præstitutum* ibi salarium dici malit, refragari admodum nolim, modo non itidem eam voculam iungat illis *a legatis*, sed per ellipsin subaudiat *præstandum*. Quomodo legati accipientur indefinite: nec enim ei mutatio fiet. Sensus: salarium residui temporis, quod præstitutum a principe (constitutionibus Severi & Pescennii) *a legatis* quibuscunque, quia constitutio generalis, exsolvendum est, idem debetur mortuo aliquo Cæsaris legato &c.

28) Non placet ratio Ant. Fabri *ad d. L. 4.* quia tempus cœptum in favorabilibus habetur pro impleto. Quid si assessor ante expletum tempus mortuus; An heredibus debetur integrum salarium? Negat Castrens *in d. L. 4.* & Rosbach. *Process. Tit. 7. n. 31.* Contra alii per *L. 1. §. 13. de extr. cogn.*

29) Et Coras. *ad d. L. 4. n. 8* quod & reprobat Forcat. *Dial. 62. n. 6.* quia & citra indignationem principis successor datur *L. 2. in fin. pr. de his qui not. inf.* Quid enim si nobiliori provinciæ præficiat? Ipse putat inde esse. (1) Quia crebrior mutatio legati, quam mors. (2) Defuncto præside in solatium amissi domini, salarium præbetur arg. *L. ult. C. de instit.* Et ut mulier vidua retinet viri dignitatem, atque intra annum ab heredibus alenda; ita assessor, mortuo præside non plane privatus fieri intelligitur. Qui autem successorem accepit, uti ipse privatus fit, ita eius qui fuerunt comites, pro privatis deinceps haberi convenit *L. cum principalis 178. de R. I.* Arguite. Aliter Ant. Fab. *in d. L. 4.* quia facilius est, ut qui decessit pro vivo habeatur, cum potuerit vivere, quam ut qui successorem accepit, in eadem administratione persistere videatur. Aliter Duar. *ibid.* quia solebant principes suo arbitrio successores dare.

tibus, & comitibus quæsitui esse. Præsertim (& hæc quoque nova ratio sit) cum successor legato mittitur, nulla intercapedine temporis intercedente, possunt comites vel huic successori se denuo conciliare, (quod facile erat, & forte in huiusmodi casibus usitatum,) vel maturo sibi consulere. Quod contra accidit, legato diem functo: non enim ita cito alius subrogatur.

XXXI. Restat, ut de pœnis assessorum etiam cognoscamus. Variæ illæ sunt pro varietate delictorum, variisque legibus, ac constitutionibus sanciuntur. Nam cum nihil sit in civitate magis retinendum, quam ius civile, ut alicubi Cicero scribit, tum in primis opera danda est, ut recte, caste, integreque ius dicatur ab iis, qui iudiciis & iurisdictioni præsunt: id autem in assessoribus præcipue positum est, qui magistratibus, imperitis plerunque & indoctis, iuris scientiam consiliaque subministrant. Quod ne ab illis perperam, & ex libidine fieret, diligentissime providendum fuit. Cautio in hac re multiplex, ut ex iis, quæ supra exposuimus de assessorum personis, intelligi potest: nunc de pœnis disserimus. Prima igitur illa cautio esse debuit, ut assessores idonei & iuris ac morum sive consuetudinis forensis (ἐμπείρως τῶν..., ait Iustinianus in *Novella*, 80.) periti eligerentur. Hinc iuris imperitia atque imprudentia sic coercita est. Nam magistratus, si quid novi & iniqui iuris statuerit, placuit eius assessorem de eo teneri. *L. 2. D. quod quisque iur.* Magistratus ipse non tenetur illo Edicto, nisi dolus eius in ea re arguatur; assessoris non solum dolus, sed & imprudentia punitur, *d. leg.* 2. Pœna magistratus, qui ius novum dixit, hæc edicto expressa est, ut is, quandoque adversario postulante, eodem iure uti debeant, *L. 1. §. 1. illo tit.* Sed an assessor hac pœna, vel hoc edicto teneatur, dubitare me fateor. Nam *d. L.* 2. nihil amplius ait, quam imprudentiam assessoris, propter quam ius aliter a magistratu dictum sit, quam oportuit, non debere magistratui officere, sed ipsi assessori. Edictum quoque prætoris de eo nominatim loquitur, qui magistratum potestatemve habebit; quod est ab assessore alienum: nullam enim iurisdictionem assessores, nullamque potestatem habent, ac ne cognitionem quidem absente magistratu plenam, ut supra demonstratum. Ad hoc, manifestum est, illo Edicto dolum duntaxat puniri, & iniuriam, quæ animi propositum requirit, *d. L. 1. §. 2.* in fin. Cum ergo *d. L.* 2. dicit, imprudentiam assessoris ipsi nocere oportere, non debet id intelligi de pœna illius Edicti, quo non imprudentia punitur, sed iniuria, atque dolus: Solo hæc 30 ab omnium sententia abhorrere. Omnes enim, quod equidem sciam, ita sentiunt, itaque *d. L.* 2. accipiunt, quasi assessor, cuius imprudentia novum ius dictum est, illius pœna Edicti obligetur: quidam etiam calidius, 31 plerique imo, responsis iurisprudentium, quæ nunc consilia vulgo vocantur, eandem pœnam constituunt, Tiber. Deciano teste in *Apologia adv. Alciatum*. Quod mihi perabsurdum videtur: nec felicius P. Costalius, vir sane & eruditus & cordatus, ita interpretatur illa verba, *d. L.* 2. Cuius imprudentia ius aliter dictum sit, ut assessorem ipsum accipiat ius per imprudentiam dixisse, non autem magistratum: quo nihil a verbis *d. leg.* & a veritate alienius: ius dicit assessor? inauditum hoc in iure nostro.

XXXII. Illud & ipse, & alii recte (opinor) magistratum, si per imperitiam ius iniquum statuerit, dixerit, ipsum oportere teneri: quia imperitia unicuique imputetur, qui in aliquo officio degit. *L. ult. D. de extraord. cognit. L. illicitas. §. sicuti, Digest. de offic. præsid. arg. L. bonorum. D. de bonor. possessio.* Sed tenetur non edicto illo, quod quisque iuris: in eo enim, ut teneatur, dolum requiri diximus. Sed actione in factum, vel aliter, *d. leg. ult.* de quo tamen vide *Librum XV. horum Commentar.* capite xxvi. & infra amplius dicam. Ad assessorem redeamus: qua igitur pœna eum teneri dicemus, si per imperitiam eius aliter ius, quam oportuit, magistratus dixerit? an actione illa in factum, & extra ordinem punietur. Ut *d. L. ultim. de extraord. cognit.* Sed ea lex loquitur diserte de iudice, non de assessore. Assessor non est iudex, ut sæpe iam dictum. Mihi videtur

30) Volunt enim ut Edicto illi locus sit, in magistratu quidem dolum requiri, in assessore vero imperitiam sufficere *d. L.* 2. Quia ille se pro iurisperito agit: Ex scientiam igitur iuris præstare debet. Munusque, quod suscepit, durius eum obligat, quam magistratum. Cum is plerumque nec iurisperitus fuerit, sed vir militaris, ex nobiliori familia, arma magis callens quam leges, Cuiac. 23. *Obs.* 40. dicens hoc in Græcos notasse. Oldend. *Pragym. Class.* 1. *Act.* 1. *N.* 5. Matth. Steph. 2. *de iurisd.* 35. *n.* 19. et seq. Male autem Ant. Fab. in *d. L.* 2. verba, *sed ipsi assessori*, ceu imperiti interpretis damnat, quia edicto dolus solus coerceatur, & quidem ius iniquum statuentis vel impetrantis. Sed facilis resp. Dolus solus in magistratu ex dicta ratione. Assessor vero etsi ius dicentis nomine non veniat, ius tamen statuisse vere dicitur, cum magistratui quod diceret, suggessit, Confer. *supra Lib.* 17. *C.* 24. *N.* 5.

31) Consulitur ex consilio quando & quatenus teneatur, Ioan. Bapt. Magon. *Synops. observ. C.* 4.

tur Accursius, & cæteri verum dicere, magistratum ac iudicem teneri de culpa imperitiaque, & assessorum, & sua, saltem actione in factum, iuxta *d. L. ult.* Nec vero aliud Cuiacius sentit *libro* 23. *observation. cap. ultim.* ubi scribit, eam actionem adversus prætorem, vel præsidem non dari; sed adversus iudicem ab iis datum, qui per imperitiam male iudicavit. Magistratus enim ideo non tenetur illa actione, quia non iudicavit ipse, sed is, qui ab eo iudex addictus est. Quod si magistratus ipse iudicavisset, teneretur utique & ipse illa actione, sive dolo, sive imperitia male iudicaverit: & propter dolum quidem semper: an & propter imperitiam, si assessores habuit, quorum est in iudicando imperitiam secutus? etiam: ita enim interpretes nostri, magno consensu.

XXXIII. Sed hoc tamen ita recte quidam temperant, nisi assessor publicum testimonium doctrinæ suæ habeat, puta instrumentum publicum Doctoratus (sed non his temporibus, ac moribus, ut opinor) tunc enim excusari iudicem volunt, & assessorem solum teneri: ut præclare tradit Salycetus in *L. ultim. Cod. de pœn. iudic. qui male iudic.* & probat Alexander ad *d. L. 2. D. quod quis iur.* Idque eo magis recipiendum est, si iudex, id est, magistratus sit ipse imperitus iuris ac legum, quales esse plerosque constat, cum viri potius politici, ac militares ad magistratus, & gubernationes provinciarum promoveantur, quam docti. Nec alia de causa solus dolus eorum punitur illo Edicto, quem etiam præstare possunt ac debent, non imperitia iuris, cum peritiam non profiteantur. Ex his efficitur, ut si assessores habuerit elegeritve magistratus non publice probatos, ut dixi, ex eorum & sua simul imperitia teneri debeat: si publice probatos, non debeat. Quo enim assessores illi additi, & quo horum assessorum publicum testimonium, si iis credens imperitus magistratus, nihilominus tamen puniatur? atque ita moderandum est, quod supra in *d. Lib.* 11. dictum est, *Capite* 27. Dixi autem, elegerit: nam si forte non elegerit, sed principes ipsi vel Respublica eos, vel mos loci dederit, non video cur eorum in hac re culpam præstare præses debeat.

XXXIV. Sed laudo vehementer Marci Tullii consilium atque sententiam, quam Q. Fratri exposuit *Libro* 1. *epist.* 1. *Atque inter hos, eos quos tibi comites & adiutores negotiorum publicorum dedit ipsa respublica, duntaxat iis finibus præstabis, quos ante præscripsi. Quos vero, aut ex domesticis convictoribus, aut ex necessariis apparitoribus tecum esse voluisti, qui quasi ex cohorte prætoria appellari solent, horum non modo facta, sed etiam dicta omnia præstanda nobis sunt.* Hæc ille. Plus dico, fretus doctissimorum hominum authoritate, si magistratus vel iudex sit ipse iurisperitus, temereque ac perperam cum assessore suo iudicaverit, ipsum etiam magistratum teneri oportere: sicut Bartolo & aliis placuit, quos recitat ac sequitur acutissimi vir ingenii, Philippus Decius in *Consil.* 8. Ad summam, quicquid ab assessore sit, intelligente & approbante magistratu, male ac nequiter; id æquum est magistratui nocere, cum prohibere pro imperio posset. Ut hic quoque valeat illud Lamiæ, qui dicenti Domitio, *vestra culpa hæc acciderunt, equites Romani; dissolute enim iudicatis. Nos iudicamus*, inquit, *vos laudatis.*

XXXV. Nunc, quando conveniri possint, videndum est. Et placuit post officium depositum eos conveniendos esse: De magistratibus clara res. *tit. Cod. Ut omn. iudic. &c.* Idem Cicero *eodem loco*: Qui in magistratibus iniuriose devenerant; eodem erat ipsis privatis iure parendum. Et clarius in Edicto, quod sæpe iam nomino; quod quisque iuris, ita est, qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit: ipse, quandoque adversario postulante, eodem iure uti debet. *d. L.* 1. §. 1. *illo titulo.* In quibus Edicti verbis excidisse puto vocem POSTEA, reponendamque esse, hoc modo, QUANDOQUE POSTEA: ut sit, quandocunque, cum privati erunt, ut Cicero ait, & verum est: Vel (quod magis arbitror) ex sequenti clausula Edicti, tanquam errabunda, in hanc priorem clausulam [32] retrahenda est. Inepte enim illic legitur: in eos, qui impetravit novum ius a prætore, ut quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernatur. Certo quidem otiose. Satis enim erat dixisse, quandoque: at in magistratu non satis, ut dixi, quia tempore magistratus conveniri non potest, sed postea tantum. Quam coniecturam meam spero probabiliorem visum iri, quam erudi-

ditis-

32) Nihil necesse est, imo nec debet. Neque enim omnes magistratus, sed maiores temporarii, dum in officio sunt, experiri nequeunt: vel absque vocula *postea* supponendi termini habiles. Tunc nempe adversarius postulare potest, ut eodem iure magistratus utatur, cum sibi contra eum iudicio consistendi potestas sit. Alias frustra de eo quæritur.

ditissimi Hotomanni, qui libris observationum, vocem illam, postea, nec reponit in priori parte Edicti, & in posteriori exterminat: quasi minus Latine dicatur, quandoque postea, quod equidem non arbitror. Hæc de pœna Edicti, quod quisque Iuris, cum scilicet prætor novum ius adversus aliquem statuit: quo Edicto is non potest aliquo certo & definito tempore uti, sed tum utetur (post depositum tamen a magistratu officium) cum ei res aut lis inciderit eum magistratu, postea privato, aliqua, in qua eodem iure adversus eum sibi Ius dici postulet.

XXXVI. In cæteris rebus autem a magistratu iniuste decretis ac iudicatis tempus est a legibus definitum, intra quod tempus querelæ adversus eum introducantur. Quod vulgo, sindicatus appellant: conclusumque est quinquaginta dierum mora iis in locis, ubi præfuit. *L. unic. C. ut omnium iud.* Idemque & de assessoribus constitutum est in *L. consiliarios, 3. C. de assessor.* de pœnis mox.

XXXVII. Illa enim nunc non prætermittenda est quæstio, cum assessor de malo consilio teneatur, eaque semper præsumptio sit, quod magistratus male dissoluteque iudicavit, aut decrevit, id assessoris esse consilio & culpa factum: Quid ei remedii sit ad hanc præsumptionem elidendam, pœnamque evitandam? Neque enim satis erit illi dicere, se magistratui iniqua decernenti non consensisse: appareat id atque demonstretur oportet, quia præsumptio illum contraria urget. Bene & sapienter Doctores nostri suadent, quoties tale aliquid, quod assessor improbet, iudicandum decernendumve est, ut assessor contradicat magistratui, publiceque id protestetur, sententiam vel decretum illud se improbante & invito lata atque interposita, publice, inquam, idest, in iure & ad acta iudicii. *Angel. in §. quoniam vero, in authen. ut nulli iudic.* & in *§. omnem, in authent. de litigator.* quam cautionem & quod consilium recte sumpserunt illi ex *L. quoniam indices, C. de appellation.* quæ sint autem male iudicantis pœnæ, supra indicatum est in allegato loco *libro* 15. & infra pluribus fortasse exponetur.

XXXVIII. De reliquis quoque pœnis, quas assessoribus leges & constitutiones principum imposuerunt pro veritate earum rerum, quibus eis interdictum est, puta ne in patria sua adsideant, ne subscribant libellis, ne eodem tempore duobus magistratibus adsideant advocative sint, ne intra L. dies ex provincia, in qua adsederunt, alio discedant: de harum rerum, inquam, pœnis operæ pretium est studiosos cognoscere ex illis ipsis legibus, quibus eæ interdictiones continentur, quæque a me supra allegatæ sunt. Nulla enim in iis cognoscendis occurrit obscuritas, ne quis nos operæ parcere suspicetur.

XXXIX. De pœna comprehensa in *d. L. quoniam indices*, & de pœna, *in authent. ad hæc, C. de indic.* sumpta ex *Novella* 62. quia & de interdictionibus earum nihil aut parum diximus, hoc loco explicatius dicendum est. Igitur in *d. L. quoniam*, imponitur Iudici ordinario, qui appellationem sine caussa accipere recusavit, pœna triginta auri librarum; eadem & officio eius, nisi pertinaciter ei contradixerit ac restiterit: ubi officium (pro quo in *C. TH. eod. tit.* est, officialis) intelligere debemus assessores: ut ex verbis illis sequentibus apparet. *Et quid iure sit constitutum, ostenderit*. Hoc est enim proprium assessorum, magistratui ius suggerere atque ostendere, vel ut Iustinianus loquitur, τὰ ἐκ τῶν νόμων ὑφηγεῖσθαι. Sed cum in Novella *de appellationib.* 126. *Cap.* 3. in iudice sit hæc pœna immutata (illic enim damnum litis resarcire litigatoribus iubetur, & fisco principis denas libras auri solvere) quæremus, an & in assessoribus eadem pœna valere debeat? quod non puto, tum quia in assessoribus nihil expresse innovatum sit ea *Novella*, tum quia legum correctio, præsertim in pœnis, atque interpretatio asperior odiosissima sit, & ab ipsis legibus repudietur. Nisi dixeris non esse *d. Novellæ* pœnam graviorem. Sed potest certe esse gravior, & multo quidem, si lis tanti sit.

XL. Altera pœna, de qua dicere proposui, continetur in *authent. ad hæc, C. de indic.* Sed clarius & copiosius in *Novell.* 60. *cap.* 2. unde est illa *authent.* decisa. Ac primo notandum est, distingui in *d. Novell.* iudices, qui administrationem, id est, magistratum habent (quique administratores ab interprete vocantur recepto posterioribus Imperatorum temporibus vocabulo, in *d Novell.* ἄρχοντες) ab iis, qui non habent, sed privati a principe delegati sunt: consiliarios etiam horum a consiliariis illorum. Deinde, id, quod ea Novella cavetur, tale est, in priori quidem genere iudicum, sive in administratoribus, ut ii caussas cognoscant: assessores autem, ne sine magistratu eas audiant. Propter occupationes tamen negotiaque publica, quibus administratores distineri solent, concedit Iustinianus, etiam antea Zeno, ut aliquam partem cogni-

gnitionis mandare assessoribus expediendam possint, certosque terminos ei rei tales pegit: Ut magistratus (sive magistratus tantum sint, sive hoc præterea, delegati a principe, ut ex initio *d. cap.* 2. intelligitur, collato cum *§. sed hoc quidem.* qui est de privatis delegatis a principe) litis contestationem apud se fieri curet, ut in medio litis semel quæ acta sunt se absente, cognoscat, ut denique sententiam ipse ferat, sed & antequam ferat, omnia quæ in iudicio examinata atque acta sunt, cognoscat & expendat. Sententia lata, ut appellationem quoque ipse recipiat. Iudicem vero appellationis omnibus modis per se audire causas iubet. Hæc sunt, quæ illa constitutione caventur. Sanctio autem hæc, si adversus ea quid factum fuerit, administrator quidem, ut viginti librarum auri pœna mulctetur: assessores autem, ut e collegio advocatorum eiiciantur: vel si advocati non sint, ut si quam habent dignitatem, eius dignitatis cingulo priventur, inflicta præterea decem librarum aurei eis mulcta. Hæc de administratoribus, sive magistratibus, eorumque assessoribus, & consiliariis. De altero genere iudicum, qui scilicet administrationem nullam habent, sed a principe delegati sunt (quibus etiam solis privatis assessores habere, & iudicem subdelegare licet, ut alias dictum) ita cavetur, ut ipsi, cum suis assessoribus, totas caussas cognoscant: assessores nihil magistratu absente gerant: pœnæque graviores superioribus sanciuntur: nam iudici præter viginti librarum auri mulctam, dignitatum casum interminatur: consiliariis infamiam, & relegationem ex ea civitate, in qua tale aliquid ab iis admissum fuerit. Quas hodie pœnas necesse est in iis locis abrogatas esse, in quibus consuetudine aut lege municipali, seu statuto receptum est, ut assessores aliquam partem iurisdictionis habeant, & ipsi per sese iudicare possint, ut supra quoque monuimus. Quod autem doctissimus Interpres in *dicta Novella* 60. distinguit inter magistratus urbanos, & magistratus provinciales hominesque privatos a principe delegatos, ut quæ nos de magistratibus & administratoribus omnibus supra diximus, ea ipse ad magistratus urbanos; quæ nos de privatis & nullam administrationem habentibus, sed a principe iudices datos, ea ad provinciales magistratus, & delegatos a principe privatos referat: adeo falsum est, tamque perspicue dictæ Novellæ verbis refellitur, ut me propemodum eius sententiæ pudeat. Cuius forte ei caussa fuit, quod in *C.* 1. *præced.* in fin. distinctio quædam fit pœnarum inter magistratus urbanos, & magistratus provinciales, quos ἐπιχωρίων ἀρχόντας vocat. Sed illic de re longe alia, & quæ distinctionis illius rationem summam habebat, agitur: de atrocissimo, inquam, scelere eorum, qui debitoribus suis morientibus domi eorum vim impiam inferunt, vel ipsorum exequias turbant ac dissipant: qualem vim, qualiaque facinora, quominus verisimile est in urbe admitti in tanta copia magistratuum, tantaque in imperii, & quasi in oculis principis: ut est in eadem prope re traditum in *L. ult. D. quod met. cau.* eo magis ac severius, si quid tale in urbe acciderit, in magistratibus, si negligentes aut remissi in inquirendo & puniendo fuerint, vindicandum erat. His addenda est pœna, quæ in magistratus & consiliarios eius gravissima sancitur in Novella *Ut nulli Iudic.* 134. *§. quoniam vero.* ubi interdicitur, ne pro reo criminis alicuius alius comprehendatur quanvis concivis aut tribulis, neve pignorationes fiant: constituta, præter restitutionem damni, pœna exilii tam iudici quam consiliario eius, si factis a iudice contra leges in scriptis consentiat, ut sunt verba dictæ Novellæ. Quod notandum est, non aliter hic teneri assessorem, quam si scripto, ἐγγράφως, consensum suum exposuerit: cum alias teneatur, si non palam & ad acta iudicii contradixerit, ut supra demonstravimus.

CAP.

CAP. III.

De Advocatis: de horum usu, persona; officio, præmiis, ac pœnis.

I. Absolutis iis, quæ de iudicibus & assessoribus dicenda erant, proximum est ut de Advocatis videamus. Nam inter eas personas quæ caussas in iudicio tractant alienas, hi merito principem dignitatis locum obtinent. Ut autem hic quoque via & ordine tractatio nostra procedat, tria potissimum explicanda videntur: De advocatorum persona, & quid in ea leges requirant: ubi simul inter Advocati, & Procuratoris personam, quantum intersit demonstrandum erit: De eorundem præmiis ac privilegiis, quibus per Imperatores maxime donati sunt: De eorum officio, ac munere, quod vel ipsis clientibus, vel iudici præstare debent, eiusque violati pœnis: Denique de eorum potestate. quam in susceptis caussis obtinent. Quæ capita priusquam ordine exponamus, non alienum videtur initio tum de necessario Advoca-

torum usu pauca præfari, tum de vi ac significatione verbi, & quibus præterea nominibus Advocati denotentur. Hanc enim de iuris aliqua parte commentandi rationem Iurisconsultis, maximeque Ulpiano, familiarem esse novimus, ut vel a commendatione eius argumenti, quod est præ manibus, ostensa eius utilitate ac necessitate, vel a verborum explicatione primordium capiat. Quorum quidem posterius quasi pro regula ab eodem Ulpiano traditum est. in *L. 1. D. si cert. pet. de reb. cred.*

II. Igitur ut hinc ordiamur, Advocatorum usus non minus in civili vita necessarius est, quam Procuratorum, quibus valde, ut infra apparebit, affines sunt. Horum porro usum perquam esse necessarium, alibi a nobis demonstrabitur, ex Ulpiano in *L. 1. §. pen. D. de Procurat.* & ex *tit. Inst. De his per quos ager. poss.* Non omnium ea est vel iuris ac legum peritia, vel facundia, ut in iure apud eum qui iurisdictioni præest, desiderium suum exponere, vel alterius desiderio contradicere possint: quorum prius actorum, alterum reorum fere est. Quid quod etiam hi, qui facundia vel iurisperitia forte non destituuntur, variis sæpe casibus impediuntur quo minus suis ipsi rebus adesse possint? Ex quo facile est intelligere, nisi [1] talibus iuris sui vel persequendi vel defendendi viam facultatemque præclusam esse volumus, aliorum hic operam requiri. Ii autem sunt Advocati, quorum est patrocinia desiderantibus præstare. *L. 2. C. de postul.* patrocinia iurgantibus præbere. *L. 6. C. eod. tit.* Caussarum patrocinium profiteri, & caussas [2] orare. *L. 9. C. de Advocat.* caussas agere. *L. pen. D. de postul.* negocia perorare. *L. 11. C. d. t.* vel etiam absolute, orare & perorare. *L. 6. §. apud urbem, C. de postul. L. 13. petitionem, C. de advoc. 1.* advocationem præstare & [3] adesse. *L. 6. puto, L. ult. D. de postul.* caussis agendis quoque studio operari. *L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit.* Denique, [4] fata ambigua caussarum dirimere. *L. 14. Advocati, C. de Advoc. 1.* Tot enim fere sunt formulæ quibus Iurisconsulti & Imperatores Advocatorum munus exprimunt. Adeo autem Prætori necessarii sunt visi Advocati, ut iis qui patronum invenire non possent (id quod sæpe contingit, vel ambitione adversarii, vel metu, vel aliis ex caussis) ipse se daturum polliceatur: Qua in re ipsis humanitatem exhibere dicitur. *L. 1. §. ait prætor, D. de postul.* Est enim humanum neminem relinquere indefen-

1) Quin & expedit caussam propriam, petitissimi etiam per alios agi: Cum in sua caussa facilius quem consternari, voce vel mente deficere contingat, minusque quis affectibus temperare possit, quam in aliena. Nam & Cic. teste Dione *Lib. 31.* Longe aliud esse, dixit, & facilius pro aliis verba facere, quam pro se consulere, &c. P. Gregor. 49. *Synt. 6. n.* 36 ubi apud suos receptum perhibet, ne quis caussam suam orare, aut saltem perorare possit. Sicuti & moribus Sabaudiæ cautum, aut quantæcunque doctrinæ quis sit advocatum quærere, vel petere cogatur, ne per iram vel excandescentiam quid temere excidat, Anton. Fab *ad L. 1. §. 15. hoc tit.* Confer Magon. *Cynos. advoc P. 2. Cap. 43. n. 3. & 4.* De laudabili, utræque hominum necessario advocationis officio, ut vocat *L. 4. pr. Cod. de advocat.* 2 vid Gail. 1. *Obs. 43. n. 4.* fuse Tiraq. *de Nobil. Cap.* 29 Magon. *Cynos. advoc. P. 1. C. 6. n. 18. & seqq. & P. 2. Cap. 1.* Caccialup. *de Off. adv. Quæst.* 5. ubi *n. 4 & 5.* Servatorem nostrum illud exercuisse pro discipulis suis, Matthæi 12. *v.* 3. pro muliere adultera, Ioh. 8. *v.* 7. pro Maria Magdalena tertia vice; & Marta *de Iurisdict. P. 4. Cap.* 555. *n.* 2. Idem Caccial. *Quæst.* 2. esse opus misericordiæ, meritorium apud Deum.

2) Orare enim veteres, pro agere, dixerunt. Et inde Oratores Fest. *Lib* 13. Nec placet quod Pollet. 2. *Hist. fori* 6. ab orando, id est deprecando deducit, quasi caussa non tam rationum momentis, quam ut orationis, precibusque artificiosis expugnato iudice obtinenda sit.

3) Superesse alicui hoc sensu non in plebe vulgaria, sed in foro ac comitio usurpatum, refert Agell. 1. *Noct.* 22. sed ceu minus integrum reiicit. Quem vereor ut iure, eo nomine damnent Poller. 2. *Hist. fori* 5. quasi ita Plaut. *Milite* 2. *Sc. 4. initio*, mihi sola ego superium, id est meam caussam strenue agam, & Iurisconsulti *L. 5. de Procurat.* & Phil. Broidæ. *ibid. in Corol.* addens *Leg.* 50. *Ex quib. caus. mai. L. 52. de tut. dat. L 57. de re iud. L. 2. de cur. fur. L. penult. de vac. mun.* Nam locus Plauti aliter in vulgatis legitur; & de eius vera lectione, & sententia multa lis. Longe vero alia locutio superesse rebus suis, ut dd. LL. & superesse alicui. Sed & Antistites, an recte dicantur advocati, ut Pollet. *d. loc.* æque ac magis dubito. Plane adesse hi litigatoribus dicuntur, non autem præesse. Unde male apud Cicer. 1. *de Orat.* verbum *præesse* de advocatis accipi monet Briss. 5. *Antiq* 20. Dicuntur & postulare *tit. D. & C. de postulat.* Quod est, ut *L. 1. §. 2. hoc tit.* desiderium suum, vel amici sui, in iure, apud eum, qui iurisdictioni præest exponere (quod acturis) vel alterius desiderio contradicere (quod rei' ubi verba *vel iure &c.* excludunt iudices datos. Ac sane edictum de magistratibus conceptum fuisse minus dubium, cum & in *L. 5. §. 2. h. t.* dicatur Prætorem, in hoc suæ dignitatis, & decoris rationem habuisse, & *d. L. 1. §. 5.* in cæco hæc reddatur ratio, quod insignia magistratus vereri nequeat. Quæ iudicibus datis non conveniunt, Duar. *h. t. C. 4. & 1. Disput.* 1. Nolim tamen eum eodem & A. Fab. *ad d. L. 1. §. 2.* ac Wes. *Par. hoc t. n 4.* statuere, vim edicti per SC. ad iudices delegatos porrectam esse *d. L. 6. §. 6. vers. item Senatusconsulto.* Malo cum Revardo pedaneos ibidem interpretari magistratus minores, ut *supra Lib. 17. Cap. 21. N. 7. sub fin.* Nec SC. extra caussas illas duas, de quibus *d. vers.* forsan proferendum. Postulare enim, ut *L. 4. §. 8. de dam. inf.* proprie est pro tribunali petere, non alibi. Tribunal autem, nec magistratus illi minores habuere, ut *supra d. N 7.* Et postulari cum primis dicebantur, quæ imperii magis quam iurisdictionis, vid. Gœd. *ad L. 10. de V. S. n. 3. & 4.* Certique erant dies postulationum, a diebus sessionum & cognitionum distincti *L. 2. §. 1. & 2. Quæ ordo in bon. poss. L. 73. §. 1. de iudic.* Ræv. *Protrib. Cap.* 5. qui & *Cap.* 9. illus comperendinus vocari Macrobio 1. *Satura.* 16 Unde apparet ex parte hac una strictiorem esse postulationem advocatione; ex parte altera latiorem, cum pro se postulans advocatus sibi ipsi dici nequeat, Anton. Fab. *ad L. 1. § 4. hoc tit.* etsi hæc fere confundi soleant, Rosbach. *Process. Tit. 18. n. 2. & 3.*

4) Sic fata caussarum *L. 3. Cod. de LL.* disceptationibus *L. 41. C. Th. de app* Unde dies fatales, infra *Lib. 28. Cap. 7.* Et ita quoque recte *L. 1. Cod. de off. civ. iudic. L. 2. Cod. Si per vim vel al. mod.* Nec assentior Cuiac. 16. *Obs. 9.* pro *fata* utrobique *facta* reponenti. Ut nec quod utrumque recte dici, probari probat ex illo Pacati: *Nolo miserorum vel factum exarare vel fatum.* Neque enim eadem ratione factum caussæ dicetur, qua hominis.

fenfum, nemini patrocinium denegare: cum nihil tam naturale fit, quam fui defenfio. *arg. L. 3. D. de iuft. & iur.* Quomodo & Proconfulis eft non tantum petentibus, & fe per adverfarii potentiam non invenire dicentibus indulgere, fed etiam nemine petente ultro advocatos dare fœminis, pupillis, vel alias debilibus vel his qui fuæ mentis non funt. *L. 9. nec quicquam, §. Advocatos, D. de off. Proconf.* Imo etiam ad iudicis delegati officium hoc pertinet. *d. C. 1. ex. de offic. Iudic.* Neque vero privatis tantum & fingulis hominibus hoc advocationis officium utile & neceffarium eft, fed Reipublicæ quoque expedit, habere cauffarum patronos, quorum gloriofa voce, vel rei tergiverfantes convincantur, & condemnentur, vel innocentia adverfus calumniantium malignitatem defendatur atque afferatur: Itaque fuum quifque Magiftratus & iudicis auxilio obtineat. Huc enim omnia in iure noftro referuntur, ut ius fuum cuique tribuatur, quemadmodum iam fæpe diximus, & dicendum eft fæpius. Quare merito Imperator Anaftafius laudabile, vitæque hominum neceffarium Advocationis officium vocat. In *L. 4. C. de advoc. 2.* & Advocatorum egregia in Rempublicam merita & laudes alii Imperatores illuftri oratione prædicant [5] in *L. 14. advocati, C. de advoc. 1.* quam cuivis in promptu eft legere, neque huc nobis tranfcribere vifum.

III. Ex his quæ diximus nemo non videt, quam neceffaria de caufsa Advocati in ufum venerint, & quam minime his vita hominum carere poffit. De verbo, eiufque notione, & aliis idem vel pene idem fignificantibus videamus. Compiures funt qui pro altero in iudicio interveniunt. Eft Procurator, eft Defenfor, eft [6] Advocatus: erat olim & cognitor, & orator feu patronus. Hic enim ab Advocato differebat, ad eum modum quem nobis expofuit Afconius Pædianus *Commentar. in Cic.* Divinat. *Qui defendit* (inquit) *alterum in iudicio, aut* [7] *patronus dicitur, fi orator eft: aut advocatus, fi ius fuggerit, aut* [8] *præfentiam fuam commendat amico: aut Procurator, fi abfentis negotium fufcipit:* [9] *aut cognitor, fi præfentis cauffam novit, & fic tuetur ut fuam.* Sed hæc valde immutata funt temporibus. Nam primo quod Afconius cognitorem nominat, fciendum eft Iuftiniani ætate, horum nullum amplius fuiffe ufum, eaque re, fi quando in veterum lu-

5) Quam verfibus difparibus reddit Toming. *Orat. de ftud. iur.* vid. *fupra N.* 1.

6) Specialiori fcilicet fignificatu. Nam generalis latiffime patuit. Et ampliori verbi ufu dicti advocati, quod advocentur, ut partibus adfint Terent. *Adelph.*

> . . . *Adverfusne illum cauffam dicerem,*
> *Cui veneram advocatus!* . . . .

qui litigantibus aut operam commodarent vel locarent, vel etiam præfentiam mutam & fegnem, & gratuitam vel venalem fifterent, ut Pollet. 2. *Hift. fori* 1. Cuiufmodi effe, ait, patronos, cauffidicos, cognitores, fubfcriptores, pragmaticos, fubmonitores, cuftodes, laudatores, qui honorariam præfentiam commodabant, & denique teftes. Sic enim putat apud Plaut. *Pœnulo Act.* 3. *Sc.* 5. eofdem teftes & advocatos vocari. Sicuti & *Sc. præced. initio.*

> . . . . . . *Quid voltis teftes.* . . . .

Et eod Act. 3. *Sc.* 1.

> *Nunc vos quia mihi advocatos dixi, & teftes ducere.*

Qua de re Langlæ. *Lib. 4. Otii femeftr.* C. 2. Sic & vocationem teftium advocationem vocari in *L. 20. ad L. Corn. de falf.* fcribit P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 5.

7) Cic. *pro Cluent. pag. mihi* 376. *Quis eum non modo in patroni, fed in laudatoris aut advocati loco viderat.* Oratorum vero amplius munus fuiffe, quam patronorum, docet Pollet. 2. *Hift. fori* 6. quod hi tantum in litibus agendis occupati in iudiciali forum, illi vero in tribus cauffarum generibus, Demonftrativo quoque & Deliberativo, verfarentur, e foro in roftra, in Senatum tranfirent, legati ac fœciales ad exteros mitterentur &c. Virgil. 12. *Æn.*

> *Centum oratores prima de gente latina*
> *Ire placet.* . . . .

Non. Marcell. *de Propr. ferm. lit.* Q. Diverfi autem olim Rhetores, magiftri fcilicet qui artem dicendi docebant & profitebantur, & oratores qui quæ edocti, in actum ufumque deducebant, Fab. Victorin. *in Rhetoric. Cic. in Proœm.* Pollet. 2. *Hift. fori* 5. add. Ant. Aug. *Lib. fing. ad Modeftin.* *p.* 242. Perot. *Cornucop. ad* 10. *Martial Epigr. f.* 648. Iul. Scal. *de Subtil. Exerc.* 1. *Sect.* 3. *Oratoria*, ait, *Politicæ pars, Rhetorica Logicæ; illa ornatum appofite ad perfuadendum; hæc illius inftrumentis utitur.* Sed hoc difcrimen exacte non obfervatur. Sic Rhetor pro Oratore, Agell 1. *Noct.* 6. *&c.* Patroni v. *L. 4. L. 6. pr. C. de poftul. L. 1. L. 5. L. 14. C. de adv.* 1. dicti quafi patres. Appellatione hac in forum deducta, vel a patronis libertorum; quod ficuti hi a miferia fervili liberant, ita illi obnoxios poteftati iudicum, a periculo litis, Valla 4. *Eleg.* 12. Vel, quod magis videtur, a patrocinio plebeiorum, quod patricii fufcipiebant, (de quo vid. *fupra Lib.* 2. *C.* 17. *N.* 1.) ut Pollet 2. *Hift. fori* 10. Sic eamque & rei clientes dicuntur, æque fuis defenforibus & Oratoribus obnoxii.

8) Etfi mudam, ut amici, qui officii cauffa comitabantur, nec voce, fed habitu, & nutu reis aderant. Quorum magnam fæpe catervam fecum ducebant, Liv. *Lib.* 3. *Virginius cum ingenti advocatione,* (id eft concurfo civium in commiferationem accerfitorum) *filiam in forum adducit.* Cic. *pro Quintio: nihil tam copiofa advocatione uterer, fi prendendum effet &c.* Plaut. *Epidic.* 3. *Sc.* 3. Res magna amici apud forum agitur, ei volo ire advocatus. Qui Græce Paracleti, Pollet. 2. *Hift. fori* 1. tradens hanc antiquiffimam advocatorum originem & ufum, dum nulli adhuc effent cauffidici, & advocati, quos nunc vocamus. Quin & qui extra iudicium amicis ad defenfionem accerfiti, Terent. Eunucho. Volo ego hic adeffe vobis advocatus in turba hac. Cic. *pro Cæcinna. Qui ad poffidendum prædium fe contulit cum advocatis, quorum præfidio ab adverfariis interea tutus effet &c.*

9) De quibus *rub. L. pen. & ultim. Cod. Th. de Cognit. & Procur. Lib.* 2. *tit.* 12. 2. *Sent. Pauli tit.* 2. a Procuratoribus hoc differebant, quod pro præfente interveniebant, vid. Duar. *ad L.* 1. *de poft.* P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 2. Alc. 2. *Parerg.* 5. Gifan. *ad Rub. D. de Procur. n.* 54. *&* 2. *feq.* Rob. 2. *Sent.* 1. Poll. 2 *Hift. fori* 2. ubi docet, quod fi præter operam etiam ius fuggererent: alio nomine iudito, vocatos formularios vel Leguleios, Græce Pragmaticos. Quorum ufus cœperit poft fubreptos & evulgatos a Cn. Flavio Pontificum libros, quibus legis actiones & formulæ defcriptæ *L.* 2. §. 7. *de O. I.*

risconsultorum scriptis cognitores positi fuerunt, horum mentionem omnem compilatores Pandectarum deleverunt. Argumento est *L. si quis aliquid*, *§. si quis instrumentum*, *D. de pœnis:* si eam conferas cum sententia Pauli relata in *lib. 5. tit. 25.* In sententiis Pauli bis nominatur cognitor, & recte, quia Pauli seculo erat etiam in usu fori. At in *d. L. si quis aliquid*, *§. si quis instrumenta*, omittitur, ne quid scilicet obsoletum in legibus Iustiniani auspicio compositis inculcaretur, sed ea tantum ponerentur, quæ in ipsis rerum argumentis obtinerent, ex mandato Imperatoris in *L. 2. C. de vet. iur. enucl.* & in *proœm. Instit. & Pandect.* Olim autem cognitores maxime in caussa status interveniebant, ut alii ante nos docuerunt ex Donato in *Adelph. Terentii*, & Ascon. Pæd. in *3. Verrin.* Deinde quod Asconius patronum ab advocato separat, id suo quidem ævo convenienter dixit: verum hoc quoque postea mutatum est, iidemque dici cœpti patroni caussarum, qui & advocati. Olim sane Advocati dicebantur, quicunque amico in caussa aderant officii gratia, tametsi nihil neque dicerent, neque agerent seu perorarent. Sed tandem [10] Patroni caussarum dicti sunt Advocati, cum non amplius mutam (ut sic loquar) præsentiam, sed orationem suam reis commodarent. Eosdemque vulgo caussidicos vocabant, teste Quintiliano *lib. 12. cap. 1.* Sic sæpe in legibus nostris patroni caussarum ac litium dicuntur. Dixi Advocatos, etiam Caussidicos appellari. Testatur hoc primum Quintilianus *d. loc.* Et notus est omnibus versus Claudiani:

Caussidici lites, aurigæ somnia currus.

Sic usurpatur in *L. 6. quisquis*, & *L. seq. C. de postul. L. 2.* & *L. ult. C. de advoc. 1.* Similiter apud Ciceronem, Iuvenalem & Martialem. Rationem nominis reddit Apuleius *Apolog. 1.* inquiens, eo patronos litigatorum caussidicos nominari, quod cur quæque facta sint, expediant. Possumus etiam simplicius, & fortasse verius afferre Etymon, quod advocati caussam dicant, & orent, sive perorent. *L. 9. si quis*, & *L. 11. nemini*, in fin. *L. 13. petitionem*, *C. de advoc. 1.* Quomodo & alias caussam ex vinculis dicere. *L. 25. lege Cornelia*, *D. ad Senatusconsf. Syllanian. L. 2.* in princ. *D. de custod. & exhib. reor.* & apud Livium *lib. 39.* Item caussas in foro dicere: de ambitu, de capite suo, beneficii caussam dicere. Exempla apud Ciceronem, Quintilianum & alios passim obvia. Hinc apud Marcellinum *lib. 30.* [11] Caussidicina pro ipso caussidicorum seu advocatorum munere, quod etiam advocatio passim dicitur. ***Ad ultimum*** (inquit) ***id habet Caussidicina cum cæteris metuendum & grave, quod hoc ingenitum est pene litigantibus cunctis, ut cum innexia mille casibus cadant: accidentia secus in potestate esse existiment patronorum, & omnem certaminum exitum iisdem soleant adsignare, & non vitiis rerum aut iniquitati aliquoties disceptantium, sed solis defensantibus nascantur.*** Postremo advocati sæpe etiam [12] togati appellantur, maxime in constitutionibus Imperatorum, & toga ipsum eorum officium. Cum enim advocatorum munus in primis honoratum sit, honestus etiam [13] vestitus ipsis convenire videbatur. Nam talis quisque habetur, quasi vestitu utitur, *arg. L. 15. Item apud Labeonem*, *§. si quis virgines*, *D. de iniur.*

IV.

10) Cuiac. *in Par. Cod. de advocat. div. iudic.* Hodie, sit, his nominibus abutimus, & advocamus patronum ut agat litem nostram, invocamus iudicem, vocamus adversarium, evocamus testem. Iure Canonico advocati pro defensoribus ac patronis ecclesiarum ac cœnobiorum *Cap. 17. Quæst. 1. princ. Cap. salvator 8. circa med. Cap. 1. Q. 3. C. quia clerici 8. de iure patro.* Menoch. *Arb. Cap 494.* Gilman. *Lib. 1. Decis. Cam. 1. n. 157.* Quo sensu Imperator advocatus sedis apostolicæ *Cap. venerabilem 34. cir. med.* vers. *numquid de elect.* & ecclesiæ *Clem. un. de iureiur.* vid. Lupold. de Babenberg. *de iure regni & imp. Rom. Cap. 9.* Knich. *de sublimi territ. iure Cap. 4. n. 325. & seqq.* Paurmeist. *2. de iurisdict. 9. n. 19. & seqq.* Waremund. de Erenberg. *Meditam. pro fœder. Lib. 1. Cap. 4. num. 14.*

11) *L. 188. C. Th. de decur. lib. 12. tit. 1.* Sicuti Tertull. *de Pallio* iuridicinam, & Apulei. *Lib. 7.* iudicinam. Male vero Iohan. Bapt. Magon. *Cynos. advoc. P. 2. C. 1. n. 14. & Cap. 3. n. 1.* Caussidicos vocari Procuratores, statuit. Quod refellit *d. L. 188.* item Tacit. sive ut alii Quint. *Præfat. Dial. de Orat.* *Nostra ætas deserta & laude orbata, vix nomen ipsum Oratoris retinet, neque enim ita appellamus nisi antiquos. Horum autem temporum diserti caussidici, & advocati, & patroni, & quidvis potius, quam Oratores vocantur.*

12) *L. 3. 5. 6. 8. 9. Cod. de advoc. 1. L. 13. §. 9. Cod. de iudic.* Plin. *Lib. 1. Epist. ad* Minutium. *Officio togæ virilis interfui, ille me in advocationem, ille me in consilium rogavit.* Toga enim amictos oportuit non tantum qui caussas orabant, sed & qui comites in forum deducebant, patronum actorum, ut Pollet. *1. Hist. fori* 10. De quo, & quæ togæ omnibus civibus communes, quæ Oratorum, quæ harum figura, &c. vid. Pollet. *2. Hist. fori* 8. Ald. Manut. *Lib. 3. de Quæsit. per epist.* Val. Guil. Forst. *1. Obs. Success. 21.* Fopp. ab Æxema *2. Dissert. 7.*

13) Et veteres Oratores diligentissimi in cultu apto & amictu decenti. Pollet. *2. Hist. fori 8. pag. 152.* Ac expedire notat Lud. Rom. *Singul. 363* ut advocatus mitori cultus operam det, cum vulgus ignobile facundiam habitu sæpe (ut verba Symmachi *1. Epist. 29.* in re simili mutuer) metiantur Iuvenalis *Satyra septima.*

. . . . Purpura vendit
Caussidicum, vendunt Amethystina, convenit illis
Et strepitu & facie maioris vivere census.
Ut redeant veteres, Ciceroni nemo ducentos,
Nunc dederit nummos, nisi fulserit annulus ingens.

De vestitu advocati congruo, vid. Speculat. *hoc tit. §. sequitur 2.* Magon. *Cynos. advoc. P. 1. Cap. 3. n. 29. & seqq.* De cultu viris conveniente Tiraq. *L. Connub. 3. n. 16. & seqq.*

IV. Sed iam satis multa de verbo: Ex quibus simul & hoc intelligi potuit, quinam essent Advocati; nimirum advocatos accipere debemus omnes omnino, qui caussis agendis quoquo studio operantur. Ut definit Ulpian. in *L. 1. §. advocatos, D. de extraord. cognit*, ubi eos ab advocatorum numero removet, qui quid pro tractatu non adfuturi caussis accipere solent.

V. Porro ne quis forte per imperitiam confundat ea officia, quæ inter se quidem adfinia, sed reipsa tamen distincta sunt, quantum Advocati a procuratoribus [14] distent, breviter hic indicandum est. Differunt Primo quoad constitutionem. Nam Advocatus tantum ad iudicium constituitur; procurator vero tam ad caussas & lites, quam ad negocia extraiudicialia. Deinde procurator per mandatum constituitur, *L. 1. D. de procur.* Advocatus est sine mandato; certe nulla usquam reperitur mentio de eius mandato. Differunt Secundo quod advocatus habet clientem cui patrocinium præstet, sed procurator dominum vel mandantem: qui ei, quid agere debeat, præscribit. Tertio, in advocato requiritur iuris peritia & facundia: ut infra dicemus. In procuratore hæc non requiruntur. Nam Advocatus caussam clientis sui orat, & ius ei suppeditat. Procurator tantum administrationem caussæ sustinet: ipse caussam non orat, sed Advocato instrumenta & cognitionem totius negocii subministrat. Hinc est, quod Advocatus concipit libellos forenses, preces & alia id genus scripta, quæ ad lites pertinent: Procurator hoc non facit, quatenus est procurator. *L. 3. & tot. tit. C. de error. advocat.* Quarto, Procurator satisdat in iudicio, secundum ea quæ traduntur in *tit. Instit. de satisdat.* Advocatus nihil cogitur satisdare. Quinto, contra Advocatus in iudicio præstat iusiurandum solemne ac legitimum, præscriptum in *L. rem non novam, §. patroni, C. de iud.* nihil tale ex iure nostro procurator. Sexto, Procurator post litem contestatam dominus litis constituitur; advocatus non item, *L. 1. C. de error. advocat.* Septimo, Advocati munus magis laudibile est, maioremque habet annexam dignitatem, quam procuratoria, quod est [15] vile, adeo ut etiam infames ad hoc admittantur: cum Advocatus fieri infamis non possit. DD. ad *L. 1. §. hoc edicto, D. de postul.* Accurs. ad *§. ult. Instit. de except.* Nisi quod procuratoris Cæsaris officium plenum & dignitatis fuit & potentiæ. *L. nemo præfectus, C. de dignit. Lib. 12. tot. tit. D. de offic. procurat. Cæsar.* Aliud tamen est, ex iure Canonico, quo [16] infamis persona procurator esse nequit. *C. 1. & 2. 3. Q. 7.* Quod tanquam honestius etiam mores nostri fere sequuntur in bene constitutis iudiciis. Octavo, Hinc sequitur quod Advocati multa habeant præmia & privilegia, de quibus infra, His procuratores carent. V. G. Advocati salarium, si sit filiusfamilias est ipsius peculium quasi Castrense. *L. 4. & L. 8. C. de advocat.* 1. Procuratoris salarium hoc iure non censetur. Nono, advocatus potest adhiberi omnibus caussis, & tam in [17] criminalibus, & popularibus, quam in civilibus iudiciis; procurator ille vero tantum in civilibus & privatis. *L. 32. servum, §. publice. L. 42. licet, D. de procurat.* Decimo, Procurator, si male caussam administret, mandati tenetur. *L. si Procuratori, D. Mand.* Advocatus tantum de dolo, si scilicet prævaricetur. *L. 1. Cod. de advocat. 1. L. 1. §. 1. & L. 3 §. quod si advocato. D. de prævaricat.* & punitur extra ordinem, ut infra exponam.

VI.

14 Cuiac. *in Par. C. de Procur.* Advocati personam suscipiunt, Procuratores negocium. Inde advocato est susceptus & cliens, procuratori mandator & dominus. P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 6. Procurator administer est, apparitor seu exsecutor advocationis, vicemque personæ absentis sustinet. Patronus, præsentem quoque sua auctoritate, consilio, opera adiuvat. Plenius de his differentiis Gisan. *ad Rub. D. de Procur. n. 10. & seqq.* sexdecim percensens, & duas alias reprobans. (1) Quod Procurator possit esse testis in ea caussa, advocatus non. (2) Quod Procurator nequeat esse maior 17. minor 25. annis.

15) Infamissima utilitas, & servilis obsecundatio *L. 34. Cod. de decur.* Unde per id nobilitatem omnium calculis amitti, Tiraq. *de Nobil. Cap.* 30. Guid. Papæ *Decis.* 89. Etsi Ioach. Greg. *in Add. ad Chilan. Renig. Process. Part. 1. pag.* 114. vile hoc officium, non quod vilem reddat, qui exercet, sed quia viles ab eo non arcentur.

16) Gail 1. *Obs.* 43. *n.* 8. Ubi & Procurationem in Camera Impp. honoratam esse, tum quia non admittuntur, nisi Doctor, vel Licentiatus, tum quia id Consistorium Cæsaris, ac statutum imperii, & Myns. 4. *Obs.* 32. Rulant. *de Commiss. P. 1. Lib. 4. Cap. 13. n.* 14. Zang. *de Except. P. 2. Cap. 8. n.* 28. Curiarum quoque Franciæ Procuratores viles non esse, tradit P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 5. In iisque summam fidem & probitatem exigi, nec ante promoveri ad id munus, quam per decennium frequentes in curia, subadiuvæ cum procuratoribus se exercuerint. Nam, & cum princeps mandat, officium hoc vile non est *L. 5. C. de dignit. L. 1. Cod. de mand. princ.* Ludov. Rom. *Singul.* 81. Et in curia principis infamem procurare non posse, probant per *L. 2. §. 4 de his qui not. infam.* Aluis. de Albert. *Singul.* 47. Plane Anton. Fab. *ad L. 7. de rec. arb.* nec iure civili admitti infamem sentit, quoties de infamia clare, & liquido confert, nec iudicii protelatio exceptione infamiæ obiecta metuitur, per *§. ult. I. de except.*

17) *L. 2. ibi adhibita vocatione C. de exhib. reis.* Menoch. *Arb. Q.* 80. *n.* 110. Pro famosis tamen latronibus, advocatos non admitti, post Bald. & Ias. Marc. Freher. 3. *de Infam. 3. n. 8. p.* 176. quando scilicet crimen est notorium, Nam is dicitur famosus, quomodo & accipitur quod pro bannito patrocinantem puniri scribit Magon. *Cynos. advoc. P. 1. C. 11. n. 4. sub fin.*

VI. De Persona Advocati videamus, quæ ac quot in ea requirantur. Ante omnia necesse est, ut advocatus sit is, qui pro alio postulare possit. Possunt omnes qui non prohibentur. Quare ut in cæteris edictis prohibitoriis, ita hic quoque cognitis personis prohibitis, eadem opera etiam cognoscemus quibus permissum sit esse Advocatis. *arg. L.* 8. *qui accusare*, *D. de accusat. L.* 43. *mutus*, §. 1. *D. de procurat. L.* 12. *Cum prætor*, *D. de iudic.* Prætor igitur non permisit, ut apud se passim sine delectu postularetur; eaque in re suæ dignitatis & decoris rationem habuit. *L.* 1. in pr. *D. de postul.* Videbatur namque alienum a dignitate iudiciorum & tribunalium versari illic quandam colluviem hominum, & iustitiæ ac iuris sanctissimam officinam quorumlibet rabularum vocibus perstrepere, & quasi contagione pollui. Quidam autem in totum prohibentur postulare, nec pro se, nec pro aliis: Quidam pro se postulare possunt, pro aliis tantum prohibentur: Quidam denique pro certis duntaxat personis, & pro se postulare possunt. Et hos tres ordines a prætore constitutos satis dilucide explicat Ulpian. in *d. L.* 1. *D. de postul.* Quanquam autem hoc loco proprie non agamus de iis qui pro se postulare prohibentur, quod omnis advocatio præstetur alteri: tamen de his quoque aliquid attingendum est, ideo, quia qui pro se ipsis postulare vetantur, eos multo magis pro aliis vetari intelligere debemus. Nam ita ius est, ut qui pro aliis postulare possit, ei multo magis pro se quoque postulandi facultas concedatur; non autem qui pro se potest, is continuo etiam pro alio quocunque recte postulet. Et in summa facilius alicui pro se, quam pro alio postulandi facultas detur. Id effectum est edicto Prætoris proposito, sub titulo de postulando.

VII. In totum igitur postulandi facultatem denegavit prætor tum propter ætatem seu pueritiam, tum ob casum. Primo enim minor 17. annis postulare prohibetur, *d. L.* 1. §. [18] *initium*, *D. de postul.* Cuius legis bona pars in ius canonicum relata est a Gratiano *cap.* 2. *infames*, 3. 4. & 7. Ratio prohibitionis sumi potest ex *L.* 1. *D. de minor.* quod fragile & infirmum sit huius ætatis consilium, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum. Est & hæc fortasse ratio, quod prætor a sua dignitate alienum esse arbitratus sit, cum hominibus adeo adolescentibus ac pene pueris negocium habere. At ætatis anno 17. quanvis nondum virilis vigor completus sit, tamen hanc ætatem moderatam ratus est ad procedendum in publicum, *d. leg.* 1. Sed obstare videtur, quod de procuratoris ætate vulgo persuasum est. Hunc enim ante annum ætatis 25. esse non posse putant interpretes: Eaque sententia etiam iure Pontificio & multorum iudiciorum moribus approbata est. Vide *C.* 5. *Qui generaliter*, *de procuratorib. lib.* 6. Si procurator ante completum annum 25. esse nequit, multo minus poterit esse advocatus, cum huius officium longe sit gravius. Est autem hoc tralatitium; qui indignos sit inferiore ordine, eum ad superiorem obtinendum multo fore ineptiorem. *argum. L.* 4. *D. de senatorib. L.* 11. *ut gradatim*, & *L.* 14. *honor*, §. *penult. D. de mun. & honorib.* Movit eos ut ita sentirent, *L.* 51. *minor*, *D. de procurat.* & *L.* 12. *exigendi*, *Cod. eod.* Quæ leges eos movere minime debuerunt. Non enim ibi simpliciter negatur, minores procuratores vel defensores esse posse: sed hoc dicitur, idoneos non esse. Cur ita? Quia minor semper si captus sit, in integrum [19] restitui poterit. Quod ne fiat, consultius erit, maiorem constituere procura-

18) Nam & instituto Servii pueritia 17. annis definiebatur, ab eoque anno idonei Reipublicæ existimabantur, ut Agell. 10. *Noct.* 28. Hocque anno completo, deposita, toga virili sumpta, solemni ritu in forum deducti, tyrocinium caussarum agendarum auspicabantur, vid. Pollet. 2. *Hist. fori* 7. Quod vero Sueton. *in Tiberio C.* 6. egisse Tiberium, nono ætatis anno, ad iudicium nil pertinet, cum illæ declamationes ostentationis caussa comparatæ fuerint, ut idem Pollet. *C. praced.* Recte vero *in d.* §. 3 legitur, Prætor pueritiam *excusavit*, id est in excusationem adduxit, cur pueros postulare non sinat, ut exponit Baro. *ibid.* Sicuti Livius dixit *excusare valetudinem seniorum*. Nec itaque pro eo reponendum, *excepit*, quasi error ex compendio litterarum ortus fuerit, cum scriptum esset *exc.* P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Multo minus autem *excurrivit*, ut emendat Cuiac. 26. *Obs.* 38. & probat Freher. 3. *de infam.* 26. *n.* 5. quia sic Varro, *Apollonium ideo excuriant, quia nihil habebat*, ref. Non. Marcello *de Propr. serme. f. m.* 1311. Nam & nunquam Ulpianus obsoletis huiusmodi verbis utitur Et immo *excuriare* Varroni est, extra curiam eiicere, ut Perot. *Cornucop. in* 18. *Martial. Epigr. fol. m.* 739. Scip. Gentil. licet aliud agens, Orig. *Lib. fin. pag.* 287. Hic autem illa significatio non convenit. Non eiicitur curia pueritia, sed in eam non recipitur. Quæ diversa esse vel vulgatissimus versus docet:

Turpius eiicitur, quam non admittitur hospes.

19) Ita Cuiac. 22. *Obs.* 16. eo ipso quod restitui dicitur, probari quod recte intercedat, & se cautione iudicatum solvi obliget. Qui idem *in d. L.* 12. *C. de Procur.* legitimam ætatem exponit 17. annorum completorum, uti & Hotom. *in* §. 5. *I. Quib. ex cau. man.* quia & plena pubertas, ætas legitima sit ex materia subiecta, & Pac. 2. Q. 16. Buf. 6. *Subtil* 6. Gifan. *ad. L.* 51. *D. de Procur. n.* 11. & consent. Rulant. *de Commiss. Part.* 1 *Lib.* 4. *Cap.* 13. *n.* 13. Contra, Minorem ab omni Procuratione arcendum, censent cum DD. vulgo Sichard. *ad dict. L.* 12. *n.* 10 Duar. *de Procur. Cap.* 4. Pollet. 2. *Hist. fori* 7. ubi Broidæ. *in Corol. n.* 3. rationem differentiæ reddit quod Procurator actione mandati tenetur & condemnatur, non item advocatus. (Quam & reperi apud Speculat. *Tit. de Advocato* §. *obii-*

curatorem. Non tamen idcirco, si quis minorem dederit, inutilis aut nulla erit datio, sed valebit, sibique dominus qui dederit imputabit, qui non elegerit idoneiorem, hoc est maiorem. Hoc ergo teneamus, iure civili eandem esse legitimam ætatem procuratoris, quæ est & advocati. *argum.* §. *iustæ*, & §. *ultim. Inst. qui & ex quib. caus. manum. non poss.* Pontificem vero & interpretes bona cum gratia hic missos faciamus. Nam & hoc nusquam in iure nostro lectum est, quod vult Bonifacius in *d. cap.* 5. *De procurat.* post 17. demum annum procuratorem ad negocia licite deputari; quasi non multo etiam ante recte detur; (ad negocia inquam; nam ad lites aliud est) cum & puer & fœmina & servus ad negocia procurator dari possit. Alias autem ad Rempublicam administrandam ante 25. annum admitti minores non oportet, teste Ulpiano *L.* 8. *ad rempub. D. de mun. & hon.* De ætate Advocati tantum. De iudicis vero ætate supra diximus.

VIII. De casu sequitur ut dispiciamus. Casus igitur, seu corporis vitium impedimento est surdo, quo minus postulare possit. *d. L.* 1. §. *initium*, *vers. propter casum*. Surdum ut alibi, ita hic quoque non eum qui difficulter & tarde, sed qui prorsus non audit, accipere debemus. §. *item surdus*, *Instit. Quib. non est permiss. fac. test. d. L.* 1. *D. de postul.* Rationem reddit Ulpianus, quia surdus prætoris decretum exaudire non potest; ac ob id fieri poterat, ut etiam non obtemperans tanquam contumax puniretur: Quod sane ipsi quoque periculosum esset. Non quod vere contumax hic dici possit, cum contumacia ab animo & certa scientia committatur, contemnentis decretum Magistratus, sed quod surdus forte per iniuriam condemnatus fuerit. Melius igitur visum est, surdum a postulando arcere, præsertim cum aliorum copia haberi possit. Et his quidem neque pro se, neque pro aliis postulare permittitur.

IX. Sunt qui pro se postulare possunt, pro aliis tantum prohibentur. In hoc numero sunt mulier, cæcus & infamis, seu turpitudine aliqua notabilis. *d. L.* 1. §. *secundo loco*, *D. de postul.* De muliere ratio prohibendi fuit [20] verecundia sexus. Non enim decet huius sexus pudorem, alie-

obiicitur 1. *n.* 16.) Barq *ad L.* 1. *de postul.* Loriott. *ad d. L.* 2. §. 1. *de R. I. fol.* 517. quia maius in Procuratore consistat periculum, cum in eum fiat executio. Advocatus vero, de consilio solum fraudulento tenetur. Wes. *in Par. de Proc. n.* 4. P. Gregor. 49. *synt.* 4. *n.* 11. Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 24. Gutierr. *de iuram. confirm. P.* 3. *C.* 11. (ubi restringit *n.* 2. nisi iuret, se non contraventurum processui, aut aliis actibus) Phil. Matth. *ad L.* 2. *de R. I. n.* 26. *& seq.* Ita sentio: Minor nunquam ita inhabilis, ut si ab adversario admissus, iudicii acta, & processus, ob hoc ipsum nulla sint, ut vult Zang. *d. loc.* & Trentacinq. de communi testans. *Lib.* 2. *Pract. Resolut. Tit. de Procur. Resol.* 3. *n.* 36 quod omnino refellit *d. L.* 51. *de Procur.* iunct. *L.* 16. *de minor.* At quoties periculum, ne illo in integrum restituto, iudicium fiat elusorium, etsi iure non arceatur, iuste tamen eum adversarius recusat *d. L.* 51. Quando scilicet ipsius captio seu læsio subesse potest. Ut si defensor intervenire velit, etsi cum mandato, tunc enim cautio iudicatum solvi præstanda, vid. *infra* C. 13. *n.* 34. Item, si procurator de mandato plenam fidem non faciat, ubi ratihabitionis satisdatio præstanda. Utrobique enim cum stipulatio, non contra dominum, sed minorem ipsum, qui satisdedit, committatur, de re ipsius familiari agitur: Proinde si succubuerit in integrum restituetur. Quando vero nulla ipsius minoris læsio metuitur, quia nec elusorii iudicii periculum adversarius caussari potest, iuste non recusat. Ut si pro maiore defensor cum mandato, ac dominus ipse pro eo satisdedit iudicatum solvi, ut C. 13. *n.* 36. Gifan *ad d. L.* 51. *n.* 8. Item si Procurator cum mandato, de quo plenam fidem facit. Quia etsi Procuratorio nomine in lite agenda minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negocia *L.* 23. §. 1. *de min.* Pro maiore dixi, quia si pro alio æque minore, idem restitutionis metus. Et facit *L.* 4. *de min.* in verbis *maiorem annis* 25. argument. a contrario. Quocirca cum in *d.* §. 5. *Inst. Quibus ex ca. man. & L.* 13. *de man. vind.* Procurator a minore constituatur: de alio quam ad negocia Procuratore commode accipi vix poterunt, contra quam hic noster & Cuiac. 22. *Obs.* 16. *&* 6. *diss. Modestini ad L.* 63. *de Procurat.* Pac. 2. *Quæst.* 16. Bron. 1. *Ass.* 49. Hot. *in d.* §. 5. Gifan. *ad d. L.* 51. *n.* 9. Etsi cum servus quoque, ac impubes, negocia procurare possint *L.* 33. *pr. de Procurat. L.* 7. §. *ult. de instit. act.* tamen, ut iusta caussa sit manumissionis, inquirenda est utilitas minoris. Utile autem illi negocia procurari per liberum, cum quo liberius homines contrahent, & vix spes est bene res gesturum, si minor 17. annis, ut bene Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 6. *Pr.* 7. *Ill.* 14. Phil. Matth. *ad L.* 2. §. 1. *de R. I. n.* 34. *& seqq.* Quæ ratio uti probabilis; ita nostra superior magis ad assentiendum videtur necessaria. Accedit quod etsi libertus, si ita litteris eruditus, patrocinia desiderantibus præstare possit *L.* 2. *Cod. de postul.* vix tamen decorum patronum ipsum proprii liberti patrocinio defendi, ut cuius ipse patronus est, eundem caussæ patronum habeat. Vix etiam contingere poterit, ut tantula ætate in servili conditione intra ita edoctus esse possit; cum servos sordidis officiis, & opificiis mechanicis, artibusque sellulariis, quas antiquitus ingenuis tractare dedecens visum, Plato *Dial.* 8. de LL. occupatos, a liberalibus autem disciplinis arceri solitos, constet, Bodin. 1. *de Rep.* 5. *&* 3. *de Rep.* 8. *n.* 358. Saltem rarissime hoc evenire, nemo infitiabitur. De quibus casibus si LL. quandoque nominatim latæ, ast indefinite conceptas, ad eos coangustare non conveniet.

20) Nec verecundiæ matronarum convenit, admisceri cœtui virorum. Nam qui postulabant, in ordine stabant adeuntium Prætorem. Ideo qui assidui in litibus, vocati ordinarii, teste Festo *Lib.* 13. ita Ræv. *ad L.* 2. *pr. de R. I.* Addit Magon. *Cynos. advocat. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 13. ne iudex, mulieris venustate, vel facundia, amore captus, facile corrumpatur. Caussa prohibitionis (impulsiva scilicet non finalis. Anton. Fab. *ad d.* §. 5. *vers. sexum*) impudentia Carfaniæ. Sic enim Florentini Pandectæ habent *d. L.* 1 § 5. cum in vulgatis legatur, Calphurniæ, pro quo Caiæ Afraniæ restituunt Forc. *Dial. L.* 1. *n.* 11. Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 23 Coras. 4. *Misc.* 21. *n.* 2. Pollet. 2. *Histor. fori* 7. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 22. ex Valer. *Lib.* 8. *Cap.* 4. qui eam insuetis foro latratibus, assidue tribunalia exercendo, muliebris calumniæ notissimum exemplum evasisse, ut pro crimine improbis fœminis C. Afraniæ nomen obiectum fuerit, testatur. Unde Francisc. Luisin 3. *Parerg.* 42. ubi eundem Ciceronis locum *pro Cælio* non longe a fine; ut illa vetus Afrania fabula refricaretur, ita exponit, quod Clodiam, turpitudine vitæ, perditissimæ huic fœminæ comparet. Etsi Cuiac. 26. *Obs.* 38. Carfania legat, itaque apud Valerium quoque legi debere contendat. Sane adolescentis Romæ ætate, novum ioviusumque mulierem in foro audire, ut Numa, cum id evenisset,

alienis se caussis immiscere, & virilibus fungi officiis. Omnino postulare pro alio virile est officium, a quo genere remotæ sunt fœminæ. *d. L. 1. L. 12. cum prætor, D. de iudic. L. 2. D. de Regul. iur. L. 21. maritus, Cod. de procurat.* Et moribus receptum est, ut his non fungantur. *d. L. 12.* Quasi diceret Paulus, hoc esse contra bonos mores, quibus officia in vita civili alia aliis attributa sunt. Absurdum est autem, si promiscuis actibus rerum turbentur officia, & alii creditum alius subtrahat: ut est in *L. 23. consulta divalia, C. de testam.* Accedit & hæc ratio, quod mulieres a viris defendi æquum sit, non viros a fœminis. *L. 2. D. de iniur. §. patitur, Institut. eod. tit.* Advocationem vero alicui præstare, est eum defendere ac tueri.

X. Cæcus utroque oculo captus ideo a postulando repellitur, quia insignia magistratus videre & revereri non potest. *d. L. 1. §. secundo loco*, vers. *casum.* An autem cæcus possit esse iudex, an Magistratus, iam ante suo loco est a nobis explicatum. Prohibetur ergo cæcus aliorum esse advocatus, pro se postulare non prohibetur. Verum hic duo mirari licet: primum quid sit, cur surdus ne pro se quidem postulare possit: cæcus possit. Cur inquam hic melioris conditionis esse debeat [21] cæcus quam surdus, cum in utroquo casus impedimentum faciat. Debebat igitur in pari casu, & ratione idem quoque ius statui. *vulg. L. illud, D. ad L. Aquil.* Deinde an pro se postulans cæcus magis videbit, ac reverebitur insignia Magistratus, quam si pro alio postulet? Cum igitur ratio prohibitionis hic nondum cesset, neque ipsa prohibitio videbatur cessare debere.

XI. Sed cur de muto, inquies, omisit prætor? An quia hunc admittendum censuit ad postulandum? Minime vero ut equidem existimo, sed quia pene supervacuum erat hoc admonere. Stultum enim est illud admonere, quod omnibus notum est, ut alibi inquit Ulpianus *L. 1. §. 1. D. A quib. appellar. non lic.* In Advocatis (ut mox dicemus) facundia requiritur, & disertæ orationis copia, quam a muto qui verbum nullum facere potest, frustra expectes. Nisi quis hoc forte dicat, posse eum scripto complecti sensa animi sui, & iudici exhibere: Ideoque advocatum esse non prohiberi. Eandem ob caussam omisit prætor servum. Hunc enim pro aliis postulare non posse, vel inde satis constabat, quod ne pro se quidem in iudicio interesse possit. *L. 6. servus, Cod. de iudic. L. ultim. Cod. de nox. act. L. 3. D. Ne quis eum qui in ius voc.*

Servum hominem caussam orare leges non sinunt

inquit Terentius

Neque testimonii dictio est. . . . .

XII. Tertio propter turpitudinem removentur a postulando pro aliis hæ personæ. Primo, corpore suo muliebria [22] passus. *d. L. 1. §. removet, D. de postul.* Excipitur qui vi prædonum vel hostium stupratus est. Cum enim ab hoc abfuerit suscipiendi sceleris voluntas & propositum, sive quibus nullum crimen committitur, non debet notari. Ideoque ad postulandum tam pro alio, quam pro seipso admittetur. Secundo, Capitali crimine [23] damna-

nisset, Deos consuluerit, quidnam in Romanis portenderet, Plutarch. *in Numa.* Ast posterorum abuso, nimis contrarium invaluit. Iuvenal. *Sat. 6.*

Nulla fere caussa est, in qua non fœmina litem
Moverit; accusat Manilia, si rea non est.
Componunt ipsa per se, formantque libellos
Principium, atque locos Celso dictare parata.

Pollet. *d.* C. 7. Unde non absurde videri potest, Carfaniam, de qua *d. L. 1. §. 5.* aliam fuisse a Caia Afrania, de qua Valerius. Illa enim Iuvenalis ævum multo antecessit, quo tamen advocationem muliebrem nondum inhibitam fuisse, dicti versus arguunt. Quid quod si C. Afranis edicti huius origo, credibile, id non prætermissurum fuisse Valerium. Immo ibidem exemplum subdit Hortentiæ Q. Hortensii, quæ caussam fœminarum apod trium viros feliciter egit. Atqui hæc Caia Afrania posterior, cum Hortensius Ciceroni coævus fuerit, quo ipso anterior Afrania fuit. Pro se vero mulier postulare potest, quia propriam defensionem suscipere non virile, sed cuiusque officium. Nec rei suæ bene gerendæ occasio, cuiquam auferenda *L. 4. L. 9. Cod. de Procur.* Anton. Fab. *ad dict. §. 5.* Iure vero Saxonico nec pro se admittitur sine curatore ad litem *Lib. 1. Artic. 45. & seqq. & Lib. 2. Artic. 63. &c.* vid. Treult. *Vol. 1. Disput. 8. Th. 2. litt. A* Plane quibus casibus Procuratrix pro certis personis admittitur, ut infra *Cap. 11.* Gifan. iisdem & si postulet, ut & pro liberis, si eorum tutrix. *Auth. matri & avia C. Quam. mul. off. tut.* Duar. *hoc tit. Cap. 4.* & pro fratre, vel cognato, in causa liberali, si alio defensore careat *L. 3. §. 2. de lib. cap.* Sed & pro miserabilibus personis, ac pauperibus amicis admitti, vult Magon. *P. 21. C. 2. n. 1.* de quo dubito.

21) Hæc Scipio. Gentilis (cuius in *hoc Capite* manum non uno loco agnoscere videor potius videntur quam Donelli, cui insolens ut dubia moveat, nec expediat. Utrobique vero casus impedimentum, sed non æquale. Cui enim non liquest magis hic aurium, & linguæ, quam oculorum operam exigi: Ut vero pro se postulet, libere ipsa necessitas indulgere videtur æque uti mulieri & infami.

22) Olim enim hoc crimen non capitale, hodie post *L. 31. Cod. de adult.* locus quæstioni non est, ait A. Fab. *ad d. §. 6.* Male. Locus enim imo est, si quoquomodo pœnam capitis evaserit, arg. *L. 12 C. de adult*

23) Atqui nunc locus quæstioni non videtur, cum saltem civitatem amiserit *L. 28. de pœn.* Ant. Fab *ad d. §. 6.* resp. intelligi id, si exsecutio ex caussa aliqua suspensa. Malim ita: si princeps pœnæ gratiam fecerit per *L. ult. Cod. de gener. abol.* Sed & reus accusatus videtur arceri, arg. *L. 6. C. de procur. L. 7. pr. de muner. L. 3. §. pen. de testib.*

damnatus. *d. §. removet.* Capitale crimen est, cuius pœna caput, hoc est personam delinquentis eximit de civitate: ut ex quo pœna est mors, vel exilium, vel metalli damnatio. *L. 2. D. de pub. iud. L. 10. D. de iu. patr. L. 14. qui cum maior. §. is demum, D. de bon. libert. L. 13. D. de bon. poss. L. 23. §. Excipitur, D. de ædil. edi. L. 103. D. de V. S. L. 2.* in pr. *D. de pœn.* Tertio, Calumniæ publici iudicii damnatus, hoc est, qui alteri falsam litem, falsum crimen intendit, & publico aliquo iudicio reum fecit, cui pœna lege Remmia irrogatur. *L. 1. §. 1. D. ad Turpil.* Dixi publico iudicio: unde intelligimus eum, qui in privata aliqua actione calumniatus eoque [24] nomine damnatus fuerit, non prohiberi pro alio postulare. Alioqui enim frustra Ulpianus addidisset, publici iudicii, quæ verba nisi ociosa esse volumus, sed ut aliquid operentur, dicemus excludere calumniatores in privato iudicio. Quod tamen mirum alicui videri possit. Quid enim sinceri expectes ab eiusmodi homine, qui quanvis in privata actione antea fuerit calumniatus? utique *semel malus*, (ut inquit Pontifex) *semper malus esse præsumitur*. C. semel *De Reg. iur. in 6.* Ait Ulpianus hunc etiam apud iudices pedaneos postulare prohiberi. Quasi dicat, multoque magis apud Prætorem. Iudex pedaneus est, quem prætor ad cognoscendam caussam dedit. Hic a Prætore differt, quantum a Magistratu privatus, ut alias latius exposuimus. Huc facit, quod qui apud legatum postulare prohibitus est, ei per consequentias, ne quidem apud Præsidem postulandi relicta facultas sit. *L. 9. moris, §. si tamen, D. de pœn.* Quarto, Ulpianus ad hunc numerum adiungit eum, qui operas suas ut cum bestiis depugnaret locaverit. Quod erat apud Romanos usitatissimum, ut in arenam, in circum vel theatrum hac de caussa descenderent bestiarii, ut ex Tertulliano *de spectaculis* cognoscere licet. Animos igitur ita degeneres, qui vitam suam vili mercede pecuniaria venalem haberent, indignos iudicavit Prætor, quos ad postulandum pro aliis admitteret. Sufficiebat autem vel pactum esse, vel accepisse hoc nomine mercedem, tametsi nondum effectus subsecutus esset? etiamsi nondum cum bestiis depugnasset. Cui non obstat, quod alias dici solet, verba cum effectu accipienda esse. *L. 1. §. hæc autem verba, D. Quod si quis iur.* & quod cogitationis pœnam nemo patiatur. *L. 18. D. de pœn.* neque nisi in gravissimis atrocissimisque criminibus pari pœna leges conatum & effectum sceleris afficiant. Satis enim eo ipso peccatum videbatur, cum quis animum suum pacta pro vita mercede dehonestasset. Aliud est in eo qui operas suas locavit, ut prodiret artis ludicræ caussa, nec tamen prodiit. [25] *L. 3. D. de his qui not. infam.* Cur hæc tam varie? nempe ideo, quia hoc casu non est res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat: illo autem est. Aliud quoque erat, si quis virtutis ostendendæ caussa gratis huc descendisset, nisi in ipsa arena se [26] honorari passus esset, hoc est, mercedem accepisset. Honor enim non semper virtutis præmium significat. Alioqui Ulpianus hic secum ipse pugnaret, qui cum prius virtutis caussa cum bestiis certamen probasset, mox deinde repudiaret honorem, qui virtutis comes est individuus. Sed honor hic mercedem seu pecuniam denotat: ac Ulpianus Græcissare videtur. Constat enim τιμὴ Græcis præter honorem, etiam precium pecuniarium significare. Quanquam etiam alias Latini honoris verbo sic utuntur: ut cum Cicero iubet Tyronem suum habere honorem medico. Aliud quoque erit, si quis in id operas suas locaverit, ut extra arenam feras, quæ regioni nocerent, venaretur ac depugnaret.

XIII. Hi igitur omnes in secundo ordine, pro se tantum, non etiam pro aliis postulare, & allegare possunt. Si adversus hæc faciant, sanctio in eos additur in edi-

24) Ita & Ant. Fab. *ad d. §. 6.* vers. *calumnia* & Sc. Gent. 1. *de Iurisd.* 24. *p.* 51. privato iudicio damnatum, infamem non fieri *L. 5. de calumn.*

25) Ille enim vitam & sanguinem promercalem habet, hic dumtaxat spectaculum sui in re ludrica præbet, Baro *in d. L.* 3. Hic factum turpe: Illic non tam factum turpe: (Pugnant enim quidam virtutis caussa), quam propositum, & ipsa locatio, dum quæstus caussa, vitam quis prostituit, Ræv. 3. *Var* 11. Eo ipso enim quod locat, venalem sanguinem exhibet, non quod pugnat. Contra, qui in scenam prodit, etsi gratis ac sine mercede, infamiam non effugit, quia ludicria sese maculavit, nec caussari potest, se virtutis ergo prodiisse. Ita M. Veran. Maur. *de Iure lib. C.* 11. *p.* 32. *& seqq.* sed vid. *infra C. 7. N. 1.* Et quia multi ex delicto, olim damnati ad gladiatorium ludum & bestiarum venationem: qui operas arenæ locat, ipse se veluti capitali scelcri alligatum quodammodo capitis damnat supplicio, P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *pag.* 185. Male igitur *Gl. in d. §.* 6. ibi puniri affectum, licet non sequatur effectus, quia statim facta locatione effectus sequutus, & delictum consummatum, recte Castr. *ad d. §.* 6. vers. *bestias n* 3.

26) Et ita honor pro mercede *L. 6. pr. Mand. L. 1. §. 5. de extr cogn.* Cicer. *pro Roscio*. Unde honorarium *L. 1. Si mens. fal. mod.* Duar. *hoc tit. Cap.* 5 Scip. Gentil. *Orig. Lib. singul. pag.* 347. Melius quam Ant Fab. *ad d. §.* 6. versic. *nisi* ea veluti mercede vanæ gloriæ, & acclamationis operas locasse videri, nec vere hinc mercede pugnasse. Gloriam sequi, non appeti debere. Peius Bartol. *ibid. n.* 5. probat aliam lectionem *onerari* id est condemnari per sententiam.

edicto duplex: ut a postulatione interdicta repellantur: ut extra ordinem pœna pecuniaria pro arbitrio iudicis mulctentur, propterea quod se contra prætoris edictum ausi fuerint ingerere. *d. L.* 1. *§. removet*, versic. [27] *qui adversus ea*. Excipiuntur, qui aliorum curam gerunt, ut sunt tutores & curatores. Hi enim omnes pro pupillis & adolescentibus suæ fidei commissis, & sine offensa edicti postulare possunt, cum non sponte se intrudant, sed necessario officio fungantur, *d. L.* 1. versic. *sed est æquissimum L. 6. puto. D. de postul.* Quomodo & alias officii [28] necessitas a pœna excusare solet in omnibus. *L.* 5. *§.* 9. & 13. *L.* 22. *Digest. de his quæ ut indign. L.* 16. *quæsitum, Digest. de in ius vocan, L.* 2. *Cod. de calumniat. L.* 14. *cui cum maior*, *§. penult. si pater*, *D. de bon. libert.*

XIV. Tertius ordo eorum, qui postulare prohibentur, continet eas personas, quibus pro se tantum, & certis quibusdam personis postulandi facultas conceditur. Hi exprimebantur certis legibus. Plebiscitis, Senatusconsultis, edictis, decretis principum, ut liquet ex *d. L.* 1. *§.* 8. *ait prætor, D. de postul.* In hoc ordine sunt & alii omnes, qui edicto prætoris, ut [29] infames notantur: de quibus proprio titulo explanatur, & nos infra separatim tractabimus. Persona autem, pro quibus solis postulare ipsis liceret, fere sunt eædem, quas impune sine venia in ius vocare non licet, item contra quas inviti testimonium non dicimus; commemoranturque in [30] *d. L.* 1. *§. ult.* cum 4. *leg.* seqq.

XV. Sed hic animadvertenda est exceptio in edicto ipso addita. Nisi quis eorum in integrum restitutus sit. Tunc enim, sublato videlicet impedimento, postulare tam pro aliis, quam pro se poterit. Quanquam, qui primis duobus edicti ordinibus continentur, difficulter in integrum restitutionem impetrare possunt. *d. L.* 1. *§.* 9. *deinde adiicit*.

XVI. Ergo, ut summam faciamus eorum, quæ huc usque de advocati persona diximus, advocatus esse non potest. Primo, minor decem & septem annis. Secundo, surdus. Tertio, fœmina. Quarto, cæcus. Quinto, infamis. Ut corpore suo muliebria passus: ut capitali crimine, item calumniæ publici iudicii damnatus: ut qui operam suam locavit, ut cum bestiis in arena depugnaret: & si qui sunt alii, infamia ex quacunque caussa notati. Infamibus enim portæ dignitatum patere non debent. *L. unic. C. de infamib. L.* 2. *C. de dignitat. lib.* 12. *Cap. ult. de regu. iur. in* 6. Quam ob caussam infames quoque assessoris officio fungi non possunt: ut supra dictum ex *L.* 2. *D. de offic. assess.*

XVII. Porro non continuo advocatus esse potest, qui in horum hominum numero non est. Plura concurrere oportet, ut persona advocati sit idonea atque legitima, quæ non quidem ipso prætoris Edicto continentur, sed postea constitutionibus principum addita sunt: nonnulla etiam ut puto interpretatione Iurisconsultorum. Hoc amplius igitur, ut quis advocatus esse possit, requiritur, ut advocatione ipsi non sit [31] interdictum, nec exilium aut silentium irrogatum. Interdicitur alicui advocatione pœnæ caussa, & caussas agere prohibetur: Idque multipliciter contingit. Vel enim in perpetuum atque in totum, vel ad tempus, & in certa provincia, vel ne certis personis adsit, vel ne apud tribunal præsidis postulet, ne apud legatum, &c. *L.* 9. *moris, D. de pœn. L.* 6. *puto*, *§.* 1. *L.* 8. *Imperator*, & *L.*

27) Etsi Anton. Fab. *ibid.* vers. eum ceu Triboniani emblema damnet: (1) quia verba edicti tantum prohibent postulare, pœnam non irrogant: resp. ob idipsum pœna arbitraria, quia edicto non definita. Nam cum L. prohibet, non adiecta pœna, ea arbitraria. *Gl. & DD. in L.* 3. *Cod. de SS. Eccl.* Freher. 3. *de infam.* 26. *n.* 10. Quæ enim & quam sancta interdictio, quam impune violare aut saltem contra attentare licet. Lex nulla, aut inanis sine exsecutione, & pœnam contra facientis. (2) Quia vix conditio postulantium ignota esse potest Prætori: Ergo si admisit, gratiam edicti fecit. Resp. Quidni sæpe ignota. Nunquid muliebria aliquem passum, operas bestiis alicubi locasse, æque aspectui obvia, uti sexus conditio & cæcitatis vitium. Et ut non sit ignota, ipse ausus temerarius, & postulatio, quæ de facto procedit, pœna hac mulctatur. Qui sensus est verborum *pro aliis interdicta postulatione repellitur*, id est tum postulatio ipsa ceu contra edictum facta nulla & invalida, tum, &c. ut sequitur (3) per verba *æstimatione iudicis*, quia Iurisconsulti iudicem absolute nunquam vocent prætorem. Resp. Falsissimum hoc, exemplisque refellitur infinitis, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 21. *N.* 3.

28) Absurdum enim non posse facere impune, quod si non faciat, iustam deserti officii reprehensionem possit incurrere, Ant. Fab. *ad L.* 6. *hoc tit.*

29) Alii scilicet præter eos, qui in priore ordine relati, qui graviori infamia, cuius gradus sunt, laborant. Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 13.

30) Postulationis officium non tantum dignitatem habet, sed & necessitatem, quæ si cum pietatis officio coniuncta, favore digna, non tam ob personam postulantis, quam eius pro quo, Ant. Fab. *ad d. L.* 1. *§.* 8.

31) Tradunt tamen cautelas, quibus ita vel alias prohibitus advocare; clientem suum adiuvare possit. Ut si det consilium ei in camera, seu intra domesticos lares, caussæ deinde in iudicio non adfuturus *L.* 1. *§.* 11. *de Extra. Cog.* ubi Bart. Dec. *ad L.* 2. *pr. de R. I. n* 10. Magon. *Cynos. adv. P.* 1. *Cap.* 11. *n.* 5. Wes. *in Par. hoc tit. n.* 5. Item si allegationes partis suæ in scriptis iudici mittat, Cæpolla *Caut.* 156. Magon. *d. lo.* quia postulatio voce fiat in iure vel iudicio. Quod reprobat Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 15. *per d. L.* 1. *§.* 11. verbis quoquo modo. Uti & aliam cautionem Cæpollæ, *ibid.* ut iudici privatim colloquens, gratis quid ab eo impetret, per *L.* 8. *§. ult. de legat.* quæ male huc torquetur.

& *L. 9. ex ea caussa, D. de postulat. L. 1.* & *L. 5. si qui*, & *L. 7. providendum, Cod. eod. L. 6. §. ult. D. mandat.*

XVIII. In perpetuum prohibitus, si non appellaverit, placitis obtemperabit, & a caussis agendis perpetuo abstinebit. *d. L. 1. Cod. de postulat.* nisi fuerit a principe restitutus. *argum. L. 1. §. deinde adiicit, D. de postul.* ad tempus v. g. in quinquennium prohibitus, vel tempore durantis magistratus, seu quo tempore præses provinciam reget, elapso eo tempore pro omnibus postulare non prohibetur [32] & apud successorem præsidis, & in alia provincia adesse potest. *d. L. 6. §. 1. d. L. 8.* & *L. 9. D. de postulan.* Nam pœna tempore determinata contra sententiæ fidem ulterius porrigi non debet: ut eleganter Papinianus *d. L. 8.* in fin. quasi dicat frustra in sententia adiecta fuisset certi temporis meta, si ultra eam pœna duraret. Facit *L. 13. falsi, §. 1. D. de leg. Corn. de fals.* Deinde extra territorium suum nullius iurisdictio extenditur. *L. ult. D. de iurisdict.* Sed apud legatum postulare prohibitus, poteritne apud ipsum præsidem postulare? Et per consequentias huic ne quidem apud præsidem postulare licet. Indignus enim ordine inferiore, multo indignior erit superiore, ut supra dictum. Porro huic quoque intelligere debemus advocatione interdictum esse, cui foro interdictum est. Hoc enim longe gravius est: atque ut summa maior in se continet minorem: ita & de pœnis dicere possumus, eam quæ gravior sit, leviorem continere. *d. L. 9. moris, §. nonnumquam.* Non autem viceversa cui advocatione, eidem etiam foro interdictum est. Poterit igitur aliis forensibus negotiis se accommodare. Hæc tamen duo pro eodem accipi videntur ab Impp. in *d. L. 7. providendum, C. de postul.*

XIX. Præterea ab Imperatoribus Christianis etiam hoc constitutum est, ut nemo ad consortium togatorum admittatur, qui non sit [33] sacrosanctis Catholicæ religionis mysteriis imbutus. Uno verbo, qui non sit Christianus. *L. ult. Cod. de postul.* Idque convenienter aliis legibus statuerunt, quibus cavetur, ut magistratus tantum Christianis, & quidem orthodoxis mandentur. *L. 9. probatorias, C. de div. offic. Lib. 12. L. 20. C. de episcop. audien. L. 12.* & *L. 18. C. de hæret. argumen. Novel.* 8. Advocatus igitur per *d. L. ult.* esse non potest, qui vel paganus est, vel hæreticus. Horum, si quis per surreptionem arripuerit advocationis officium, non tantum ipse, sed & iudex qui eum admiserit, & provinciæ rector gravissime puniuntur. Advocati quidem pœna est, non solum remotio ab officio, sed etiam proscriptio & perpetuum exilium (proscriptionem hic intelligo publicationem omnium bonorum vulgo dictam confiscationem) iudicis centum libræ auri: Rectoris denique provinciæ proscriptio dimidiæ partis bonorum, & exilium quinquennii. Habentur hæc omnia in *d. L. ult. C. de postul.* Non potest quoque advocatus contra patriam suam esse [34] Decurio: exceptis certis personis. *L. penult. §. 1. D. de postul. L. 2. C. de advoc.* 1. Adhæc per statuta tempora legum eruditioni inhæsisse, solitoque tempore legum doctrinam meruisse, hoc est, iuri operam dedisse oportet, eos, qui advocatorum consortio sociari voluerint. *L. 3. iubemus, §. nec de cætero, L. 5. petitiones, §. nec de cætero, C. de advoc.* 2. Eleganter, inquit Imperator, *si solito tempore legum doctrinam meruerint.* Sicut stipendia merere in re militari Latine dicimus, item merere inter equites. *L. 6. restituendæ, §. penult. Cod. de advoc.* 2. Ut hoc ipso verbo indicet, studia hæc nostra esse militiam quandam togatam, seu literariam, ut in *L. 14. advocati, C. de advocat.* 1. de-

32) Si tamen generaliter interdiaerit: veto te deinceps *postulare*, nec apud successorem licere, putat Freher. 3. *de Infam.* 26. *n.* 12. per verba: *siquidem apud se d. L. 6. §. ultim.* Sed id non temere, nec nisi caussa cognita fieri posse, per *d. §. ult.* verbis *ut solent*, iuncta *L. ult. de pæn.*

33) *Cap. nemo 7. de pænit. dist.*

34) Speciale vero hoc in decurione, cui & alimenta decerni possunt, in aliis contra, ut Speculat. *hoc tit. §. 1. n.* 27. ubi tamen consultum tradit, ut cliens procuret, contra patriam acturo pro se patrono, hoc iniungi a magistratu. Quam & cautelam, contra principes, & dominos ditionis, caussas suscepturis, tradit Gail. 1. *Obs.* 88. *n* 8. post alios Iac. Ayrer. *Processʃ. P. 1. Cap. 5. Obs. 1. n. 4. & seqq.* generaliter patriam advocando, impugnari non posse, ob pietatem ipsi debitam. Quod iniquum ipsique civitati ac eius magistratibus invidiosum, per *L. 9. § pen. in fin. de off. proconʃ.* vocat Anton. Fab. *ad L.* 10 *§. 1. hoc tit.* nec veniam ea hac caussa petendam censens, attestansque publice reprehensos, qui contra civitatem suam postulaturi, veniam a Senatu deprecabantur. Plane qui salarium ex publico habent, contra Rempublicam suam forsan non audietur, cum & Clericus, contra Ecclesiam suam postulans, beneficio privari possit *Cap. ult. de postul.* Marta *de Iurisdict. P. 4. Cap.* 115. *n.* 114. Ayrer. *d. Obs.* 1 *n.* 10. Gail. *d. Obs.* 88. *n.* 7. (ubi & *n.* 6. ex hac caussa donationem revocari posse. Quod non omnino admittendum, vid. *supra Lib. 14. Cap. 27. N. 3.*) tametsi Chilian. Konig. *de Advoc. p.* 166. *vel Gl. ad eum* aliud statuat, si ex debito, non ex liberalitate præstetur, ut doctori ob lecturam, &c. Vasallum quoque contra dominum patrocinantem, feudo cadere, quidam volunt moti 2. *Feud.* 24. §. 2. versic. *item si delator*, & argum. *Cap. un. Feud.* 17. quod & iudiciale certamen belli instar habeat, item argument. *Cap. de forma Cap.* 22. *Quæst. ult.* Speculat. *hoc tit.* §. 1. *n.* 30. Thom. Grammat. *Decis.* 80. Gail. post alios *d. Obs.* 88. *n.* 5. Rosbach. *Processʃ. Tit.* 18. *n.* 5. Marta *d. Cap.* 115. *n.* 155. Ayrer. *d. Obs.* 1. *n.* 11. Sed ex Aufrerio refert P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 13. quod possit impune, nisi de ipso feudo contentio, & nisi caussa concernat honorem personæ domini. Maxime vero posse, si caussa domini notorie iniusta.

claratur pluribus. Statuta tempora iuris studiosis, quænam sint, docet Imperator in *L. omnem*, sive in *proœm. Pand. §.* 35 *sed quia solitum*. Nempe, quinquennium. Hoc igitur tempus etiam iuris studiosis sufficere visum est, intra quod toto legitimo opere perfecto ad Rempublicam accedere possent optimi scilicet iustitiæ, & Reipublicæ ministri ac satellites, ut in *d. proœm. Pand. & Instit.* quoque dicitur.

XX. Disertum quoque & facundiæ studiis eruditum esse advocatum oportet. Sic est, oportet prius 36 animis, & postea linguis fieri eruditos, ut vere dixit Iustinianus in *d. L. omnem, §. illud vero*. Hinc est, quod toties in constitutionibus quasi perpetuo hoc Epitheto advocati decorantur, ut dicantur disertissimi & facundissimi viri, facundia conspicui, clarissima eloquentiæ lumina. *L.* 13. *petitionem, C. de adv.* 1. *L. ult. C. de inof. test. L.* 5. *petitiones, L.* 6. *restituendæ, L.* 7. *per hanc legem*, & *L. ult. C. de adv.* 2 Hinc gloriosæ vocis munimen iisdem tribuitur. *L.* 14. *advocati, C. de adv.* 1. Neque frustra facundia in advocato requiritur. Quanquam enim ad bonam caussam non multis verborum lenociniis, aut orationis calamistris ac fuco opus est, sed tua sæpe verba, ut dicitur, sufficiant: tamen negotium ipsum oratione diserta iudici explanandum est, eiusque partis, cuius quis patrocinium susceperit caussa argumentis fulcienda, adversarii vero sophismatis solide occurrendum est: Quam ad rem non parvum eloquentiæ robur requiritur. Quid quod sæpe etiam secundum poetam,

Addidit invalidæ robur facundia caussæ?

Præterea Advocatum oportet 37 spernere pecuniam, neque ad turpe compendium stipemque deformem orandi occasionem arripere, sed laudis potius argumenta per eam quærere. Nam si lucro pecuniaque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter vilissimos numerabuntur: ut aurea oratione inquiunt Imperatores in *L.* 6. *quisquis, C. de postul.*

XXI.

35) Cuiac. 12. *Obs. ult.* Quod hodie imprimis obtinebit, cum horrere spinis videantur omnia, quæ de iure ab antiquis prodita, ut Cuiac. Adde quod magna accessio iuri civili facta per ius Pontificium, feudalicum, noviores constitutiones communes, & speciales, consuetudines item nimis quam varias & commentationes interpretum prope infinitas. Unde recte qui ante quinquennium hoc expletum gradu docturæ, vel licentiæ decorandum negant, vid. Vult. *in Proleg. de stud. iur.* Ang. Matthæze. *Lib.* 1. *de iur. Arte Cap.* 5. *n.* 4. Hoc quoque fuit tempus Pythagoreis, quo silendo disceban, Athenæ. 4. *Dinops.* 19. P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 26. Val. Guil. Forst. 1. *Obs.* 19. Cæterum *d. L.* 3 §. 4. *&* *d. L.* 5. §. 4 de consortio advocatorum, seu collegio loquuntur, ad omnem indistincte pro se aliove postulantem non pertinent. Neque enim quisquis postulat, advocatus est. Et in iudiciis certe inferioribus, ac caussis tenuioribus, quæ peritiores patronos non facile reperient, utique non doctissimos quoque admitti necesse est, modo plane rudes non fiot, litteras ipsas nescientes. Quos dum admittit Accursius, irridetur ab A. Fab. *ad d. L.* 1. §. 3. *hoc tit.* Hi enim etecis comparantur *C. post translationem §. si quis de Renunt.* Prudenter vero in Curiis superioribus probe constitutis certus numerus advocatorum definitus; nec recipitur, nisi requisita scientiæ iuris, LL. ac consuetudinum loci, fides ac morum integritas adsit, aut publicum testimonium doctrinæ habeat, graduve Docturæ vel Licentiæ insignitus, Monsch. *Pract. indic. P.* 6. *Cap.* 8. *n.* 18. *& seq.* Sicuti in Camera alios non admitti, Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 7. Et tamen cum præsumptio scientiæ ex gradus insignibus in pluribus Doctorellis, quos vocant, fallit, Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 9. *n.* 23. inquiritur adhuc in eruditionem, Otho. Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *Cap.* 45 *fol.* 115. Confer quæ ex Ala Migon. *Cynos. Advocat. Cap.* 41. *n.* 28. Lud. Suartzmeier. 5 *Misc.* 3. ubi conqueritur *dd. LL.* nostro seculo non servari, ac rabulis, qui ne prima quidem elementa didicerunt, aditum ad hoc officium fieri, & Lancel Polit. *de Off. advocat. Cap.* 9. *num.* 7.

36) In Florentinis habetur, *animas & linguas*, sicuti se scriptum vidisse, & legisse Florentiæ, testatur Ant. Aug. 2. *Emend.* 1. *pag.* 64. vid. Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Succes.* 29. De eloquentia advocato necessaria eiusque vi, &c. vid. Lanc. Polit. *de Off. advoc. Cap. ult.* Magon *Cynos. advoc. P.* 1. *Cap.* 4. Pollet 2. *Hist. fori* 13. Facundia vero requiritur, non stulta loquacitas. Quæ canina facundia dicitur Prudent. *in Hamartigenia*.

Inde canina foro latras facundia toto,

Columella *in Præfat.* & alii, quos refert Cuiac. 4. *Obs. ult.* Tiraq. *de Nobil. Cap.* 29. *n.* 8. Qui ut canes, dentibus ossa caninum rodunt, ita hi loculentei linguis aut iis iudicio: & tribulario clamore sententiam, quam volunt, extorquere nituntur, Suartzmeier. 5. *Misc.* 3. Unde blaterones hi, quorum sermo in ore obstitur, non in pectore, Agell. 1. *Noct.* 15 qui in dicendo nihil possunt, in clamando bene robusti, & exercitati, Cic. in *Divinat.* latrare ad clepsydram dicuntur Cic. 3. *de Orat.* Quos latratores vocat Quintil. *Lib.* 12. *Cap.* 9. clamantes ad stomachum litigatoris, non ad animum iudicis Cui ut Mich Hospital. *Lib.* 1. *Epist.* 2. grave, pragmaticos inter subsellia raucos Latrantes audire, canino more, &c. Qui & compescere linguæ inanem volubilitatem potest dicendo: Garrula pica tace, ut festive Specul *hoc. tit.* §. 5. *n.* 2. & ex hac caussa advocatione interdicere, Barthol. Bertazzol. *Decis. criminal. Lib.* 2. *Cons.* 321. *ibique in Addit.* Claud Bertazol. *lit. A.* Merito sane, ut P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 30. dolendum, quod totum tot inanibus rabularum verba occupent, & impleant, tot parerga adferantur, & in rebus nihili ab ovo, quod dicitur, res repetatur, vel ex culice elephas fiat, tempusque pro negociorum expeditionibus necessarium, diffugiis inanibus pereat. Iusteque ab allegationum modo immodico, & immoderato conqueritur Lanc. Polit. *de Off. advocat. Cap. ult. n.* 10 Quis ad pompam sæpius, quam quod caussæ merita poscant, effundentes vanam doctrinæ laudem aucupamur. Sæpius autem verborum & auctoritatum copia obruere adversarium, caussarum merita involvere, & impedire nituntur, ut quid verum falsumve sit, iudici ægre apparere, aut recto iudicio decerni possit. Qui nec sibi diserti videntur, nisi ad quodvis indubium enunciatum ex. gr. Non entis nullæ sunt qualitates, silvescant in eorum ore, ut Cuiac. *Cons.* 23. consilia, opiniones, decisiones DD. infinitæ. Cum ex verborum numero potius, quam pondere operam suam æstimari velint. Polit. *d. n.* 10 Unde crebro indiscussos ipsos caussæ articulos relinquentes, in parecbasibus & excursionibus toti sunt. Et ut Martial *lib.* 6. lusit; cum lis est de tribus capellis. Hi Cannas, Mithridaticumque bellum, & periuria Punici furoris magna voce sonant, &c.

37) Facit *L.* 1. §. 5. *de extr. cogn.* vid. Lanc. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 3 Migon. *Cynos. advoc. cas.* 57. ubi de artibus Harpyiarum forensium, hirudinum generis humani, ut vocat Pollet. 2 *Hist. fori* 3. Quos Scal. *Lib.* 3. *Poet. Cap* 25. alienarum fortunarum atque etiam capitis mercatores, aut potius mangones vocat: Harpyas crumenimulgas, quæ nec sanguine quidem miserorum, exsaturari queant.

XXI. Insuper etiam examen duplex subeundum est ei qui advocatorum consortio sociari voluerit. Prius habendum coram Rectore Provinciæ ex qua oriundus est: vel si is abiit, apud defensorem civitatis. In hoc examine gesta, id est, acta publica præsentibus cohortalibus confici debent, quibus prohibetur eum cohortali vitæ non subiacere. Non patitur dignitas ordinis advocatorum, ut in eum recipiatur atque ad sedem amplissimam postulet, qui paulo ante fuit apparitor & officialis. Huiusmodi enim erat cohortalis conditio. Alterum examen instituetur apud Iurisperitos, Doctores eius: in quo illud explorabitur, an peritia iuris instructus sit. Turpe enim ipsi caussas oranti fuerit, ius civile in quo versaturus sit ignorare, ut Servio exprobratum fuisse accepimus. *L. 2. §. Servius, D. de orig. iur.* Hoc igitur iurati testabuntur iurisperiti. Ius constitutum in *L. 11. nemini, §. non aliter, Cod. de advoc.* 1. Sic etiam Grammatici, Rhetores, Philosophi, Medici atque Archiatri priusquàm admittantur decreto ordinis sui approbari debent idonei. *L. 2. & L. 10. si quis, Cod de profess. & med. L. 11. ut gradatim, §. reprobari, D. de mun. & honorib. L. 6. §. Et philosophos, D. de excusat.*

XXII. Postremo in matriculam quoque inferi ipsum oportet. Matriculæ advocatorum fit mentio in *L. 13. petitionem, C. de advocat. 1. L. 1. & L. ultim. C. de advocat. 2. L. ultim. C. de assessor.* Sed hoc ad statutos tantum cuiusque fori advocatos pertinet, non etiam ad supernumerarios, qui vocantur. Sciendum est enim, advocatorum alios statutos esse, alios supernumerarios. Statuti, qui intra certum ac definitum numerum; supernumerarii, qui ultra eum. 38 Varius autem pro varietate fori erat advocatorum numerus, quem neque minuere licebat, nec augere vel excedere. V. G. in præfectura Prætoriana erant 150. *L. 8. cum advocatio, L. 11. nemini, §. ult. C. de advocat.* In foro præf. 80. *L. 7. per hanc, C. de advoc.* 2. alibi 50. alibi 40. alibi 30. In hos numeros postremo recepti ultimum obtinebant locum, unde postea gradatim ascenderent; neque progressus seriem prævertere licebat, aut superiorem gradum captare permutationum saltibus: optima ratione, ne videlicet adhuc Tyrones iam veteribus interessent. 39 *d. L. 7. §. 1. & L. 8. nemo. C. d. tit.* Quem ordinem successionis etiam medici observare iubentur. *d. L. 10. de profess. & medic.* Qui in eo numero primus erat seu primicerius, is fisci patronus ex suo collegio deligebatur, quæ maior est dignitas. *L. 2. & 3. iubemus, C. de advocat.* 2. sed de fisci advocato mox separatim.

XXIII. Diximus supra, servum advocatum esse non posse. *argum. L. 6. C. de iudic.* De liberto quid dicemus? In libertis sane multa hærent etiam pristinæ servitutis vestigia & veluti maculæ; nec omnia quæ ingenui homines facere possunt. Verum hic nullum est inter libertinum & ingenuum discrimen. Possunt enim liberti quoque esse advocati, & desiderantibus patrocinia præstare, dummodo cætera respondeant, id est, si ita sint literis eruditi, neque aliis impedimentis vitiisve laborent. Nec tantum liberti Cæsaris, sed etiam privati cuiuslibet. *L. 2. C. de postul.* Sic etiam assidere liberti possunt. *L. 2. D. de offic. assessor.*

XXIV. Denique advocatus esse non potest, 40 Clericus & Monachus. *cap. 1. cap. 2. & c. ultim. extra de postul.* exceptis paucis casibus ibidem expressis. Clericis enim opprobrium est si se peritos esse velint disceptationum forensium, ut ait Iustinianus. *L. consulta. 23. Cod. de testam.*

XXV. Atque hæc de advocati persona: quibus & hæc duo addenda sunt. (1.) non posse 41 quem in ea caussa esse advocatum, cuius est iudex. *L. 6. quisquis in princ. Cod. de post.* Oportet enim aliquod

38) Vid. P. Gregor. 49. *Synt. 6. n. 9. & 10.* Cuiac. 16. *Obs.* 22. ubi docet advocatos olim non fuisse perpetuos, sed hoc officio certo tempore functos, aliis suffectis, maiores honores adscendisse.

39) Fac. *L. 10. C. de profess. L. 15. Cod. de iur. immun. L. 1. Cod. de primicer. L. 13. Cod. de prox. sacr. scrin.* Confer Matth. de Afflict. *Decis.* 1. *n.* 8. *ibique in annotat.* Cæsar. Ursill. *n.* 13. *& seqq.* Io Montan. *de Auct. consil. Parlam. Gall.* (*habetur post Decis. & Cons. Boer. cum eiusd. add.*) *n.* 90. *& seqq.* Ant. de Gamma *Decis.* 1. Hotom. *Cons.* 105 Decian. *Cons.* 21. *Vol.* 1.

40) Et monachi quidem nec in foro ecclesiastico, nisi exposcat monasterii utilitas, abbate impetrante *Cap.* Monachi 35. *cau.* 16. *Quæst.* 1. *Cap.* 2. *ext. h. t.* Spec. *h t.* §. 1. *n.* 2. Clerici vero pro se & ecclesia etiam in foro sæculari *Cap. ult ext hoc tit.* ne prohibitio ad ecclesiæ utilitatem destinata, in eius perniciem vergat, Vasquius 1. *Ill. Contr.* 31. *n.* 29. In foro autem ecclesiastico, posse etiam de sæcularibus negociis, statuit Marta *de iurisdict. P.* 4. *Cap.* 115. *n.* 11. *& n.* 13. posse quoque scriptis consulere pro laicis, cum solum hic prohibeatur, ne ipsi adsint in foro laicorum. Maxime vero in capitalibus caussis prohibeatur, ut per hoc, irregularitatem incurrant, de quo Ignat. Lopez *Pract. crim. Canon. Cap.* 102. vid. & Magon. *Cynos. advocat. Parte* 2. *Cap.* 11. *n.* 2. *& seqq.* P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 24.

41) Specul. *hoc tit.* §. 1. *n.* 10. allegans *L.* 17. §. 4. *D. ad munic. L.* 5. versic. *in posterum Cod. Qui mil. poss. Lib.* 12. & similes, quæ hoc parum probant. De pœna sic iudicantis, & an iure ipso repellatur, ut sententia nulla sit, an recusari debeat, fuse Barthol. Bertazzol. *Decis criminal. Cons.* 550. Iudicem prioris instantiæ in caussa appellationis, patrocinium præstare posse victori, Ant. Fab. *in Cod. Fabr. tit. de postul. defin.* 1.

quod esse discrimen inter arbitrum seu iudicem, & advocatum seu causidicum. Hic victoriæ studiosus & cupidus est; At iudex a studio & cupiditate, ab odio & gratia vacuus esse debet. Deponat igitur personam iudicis, qui causidici sumpsit, ac induit: neque idem qui necessitatem standi sibi ipse elegit, ius sedendi (quod est iudicis) sibi arroget. *dict. L. quisquis.* Quanquam hæc ad officium advocati etiam referri possint. Huic simile est quod neque testimonium quis dicere potest in ea caussa, cui patrocinium præstitit. Quod mandatis caveri dicit Arcadius. *L. ultim. Digest. de testib.* quod item assessori nullo modo concessum est, eo tempore quo adsidet negocia in suum auditorium tractare, *lege penult. Digest. de offic. assessor.* imo ne in alio quidem advocatus esse potest. *L. ultim. Cod. de assessor.*

XXVI. Deinde quem prætor, aut sacræ constitutiones pro alio postulare prohibuerint, is repellitur ab hoc officio non tantum si adversarius contradicat, eique impedimentum obiiciat & alleget, verum etiam si consentiat, & patiatur. *L. 7. quos prohibet. Digest. de postul. faci L. filiusfamilias, §. veterani, Digest. de procurat.* Paulus *lib. 1. recept. sentent. tit. 2.* Cur ita? An non regula est iuris antiqui, omnes licentiam habere, his quæ pro se indulta sunt, renunciare? *L. 51. si quis in conscribendo, Cod. de episcop. & cleric. L. penult Cod. de pact.* Concederemus hanc regulam hic locum habere, si ista prohibitio in favorem duntaxat litigantium, ac non potius 42 iure publico ad conservandam tribunalium, & iudiciorum dignitatem facta esset. Iam vero alia regula est, qua traditur, ius publicum privatorum pactis mutari & convelli non posse. *L. 38. ius publicum. L. 42. inter. Digest. de pactis.*

XXVII. De Officio ac munere advocati deinceps videamus. Et primum quidem de advocatorum, tum de fisci advocatis. Id vero uno verbo est, adesse litigatoribus, a quibus advocati sunt. *L. 6. §. 1. L. ultim. Digest. de postul.* Horum igitur caussas agere, orare, perorare, horum patroni esse, his patrocinium præbere, exhibere, præstare debent: horum desiderium in iure apud eum, qui iurisdictioni præest, exponere, & alterius (adversarii scilicet) desiderio contradicere, *d. L. 1. §. postulare, Digest. de postulan. L. 2. & L. 6. quisquis, Cod. eod. L. 9. si quis L. 11. nemini,* in fin. & *L. 13. petitionem, Cod. de advocat. 1. L. rem non novam, §. 1. Cod. de indic.* ambigua fata caussarum dirimere, laborantium spem, vitam & posteros defendere. *L. 14 advocati, Cod. d. tit.* Sed partes huius officii distinctius ac plenius enumerantur in *d. L. 6. quisquis, Cod. de postulan. & L. 14. rem non novam, §. patroni. Cod. de indic.* quæ partim in faciendo, partim in omittendo positæ sunt, ut ex ipsa harum enumeratione facile apparebit.

XXVIII. Principio igitur omni ope niti advocatum decet, ut clientibus suis, quod 43 verum & iustum esse existimaverit, suggerat: atque ad id nihil studii reliquum

42) Alias edicti auctoritas, in litigantium arbitrio posita, erit Anton. Fab. *ad d. L. 7.* Forner. 2. *Select.* 4.

43) Absint fraudes fallaciæ, illæque ut Claud. Cantiuncula *in Paraenesi de Rat. stud. Legal* barbarissimæ & nobili ingenio indignissimæ, ac vaferrimæ iuris cautelæ, ex verborum legis aucupiis & prava in alienum sensum detorsione ortæ, præcipuum nunc rabularum pabulum. Sicuti advocatum instruit Speculator *hoc tit.* §. 7. ut ambiguis & duplicibus sermonibus utatur. Cæpolla ut vera falsis, utilia inutilibus misceat, in quem invehit Polit. *de Off. advoc. C. uit n.* 13. dum ait, quæsivisse illum iura quibus iuri adversari posset. Noverit autem cavillationibus occurrere & captiosas argutiolas diluere, & elidere. Ipse iis non temere utatur, nec nisi cum necessarium esse duxerit ad cavillationes adversarii evitandas, aut caussam obtinendam Cov. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 1. tum cum liquido sibi de iustitia eius constet. Cum dolo malo facere non videatur, qui fraudem excludit *L. 77. §. 31. de leg.* 2. Et doli boni species fit, si quis per dissimulationem sua tuetur *L. 1. §. 2. de dolo* vid. *supra Lib. 15. Cap. 40. N. 3.* Cretizandum enim contra Cretensem, & fallacia alia, aliam trudit. Malitiæ per malitiam occurritur iuste, nec calumnia utitur, sed prudentia, qui alium fallit ne fallatur. Alb. Gent. *Lib. 2. de Armis Rom. Cap. 2. p.* 113. Gail *de Arrest. Imperii C.* 11. *n.* 34. Pluresque cavillationes, ac fraudes non melius, quin & aliquando non aliter omnino, quam oppositis aliis redargui possunt. Et ut Augustin. *C. dominus* 2. *C.* 23. *Quæst.* 2. cum iustum bellum susceperis, aperta pugna, an insidiis vincas, nihil ad iustitiam interest. Vid. Tiraq. *Præfat. de Retr. lign. n.* 70. *& 2 seqq.* Decian. 1. *Tract. crim.* 5. *n.* 38. Mynf. 3. *Obs.* 6. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 17. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 81. Rosbach. *Process. tit.* 18. *n.* 20. Gutier. 1. *Pract QQ.* 60. *n.* 4. Quanquam vero Covar. *d. lo.* uti & Gutier. Parlad & alii, mendacio tamen, & falsitate omni, etiam contra fraudes adversarii interdicant, cum illo nec ad mortem evitandam uti licitum velint. *Cap. ne quis* 14. *& seqq. cau.* 22. *Quæst.* 2. Et quanquam omne mendacium indistincte peccatum statui videatur *Cap. mihi* 12. *& seqq. d. Q.* 2. scite tamen ostendit Alb. Gentil. *Disput. de Abusu mendacii* a mendacio *officioso, non omnino refugiendum esse*. (*) Quod & pluribus exemplis ex sacra pagina confirmat C. 15. in quibus illustre est, illud Iacobi *Genes.* 28. Et ut idem Gent. C. 7. cum dolum bonum admittant Iurisconsulti, isque non modo factorum sit, sed & verborum, eo ipso mendacium certis casibus licitum esse convincitur. Et Cic. 1. *Off.* iustum esse negare interdum, quæ ad veritatem pertinent. Quin officiosum mendacium, nec vere, & proprie est mendacium, ut ibid. Gent. C. 16. Quare saltem in extremo casu, & prærupto amittendæ rei suæ periculo, non peccare, dicemus, falsa allegatione usum. Quid enim si qui 100. mutuo accepit secreto, eademque secreto itidem solvit, conveniatur condictione certi. Putat Mynf. 3. *Obs.* 6. posse eum etiam iurato negare se quidquam accepisse. Nam si fateretur, ac de solutione exciperet onere probandi in se devoluto, utique in lite succumberet. Neque cautiones, quas tradit Gutier. *d. Q.* 60. *n.* 1. qui numerationem veram negare non licere, sentit, facile ei prodesse poterunt, &c.

(*) Quodcunque mendacium, licet officiosum divino oraculo vetitum: *Noli velle mentiri, omne mendacium Eccl.* 7. & aliis Sacrarum scripturarum locis innumeris. *Quod scriptura sacra prohibeat vel pro alterius vita mentiri*, testatur SS. Pon-

liquum facere debet. Quod si vel a principio statim, vel in progressu certaminis animadverterit, caussam clientis sui esse improbam, vel penitus desperatam, & ex mendacibus allegationibus compositam, sciens prudensque mala conscientia ei non 44 patrocinabitur, sed a caussa recedet. Quo facto non liceat ei, qui malam atque iniquam caussam fovet, ad alium patronum recurrere.

XXIX. Si plures sint eiusdem caussæ patroni, eaque quibusdam iusta, aliis iniqua videatur (ut sunt varia hominum iudicia, nec cuiusvis est æquum ab iniquo statim separare, cum sæpe actiones humanæ multis involucris tegi atque obtendi possint) illi quidem in patrocinio perseverent, hi illud deponant, nec alii in eorum, qui recesserunt locum substituantur, *d. L.* 14. *rem non novam*, §. *patroni*, *Cod. de iudic.* Eamque ad rem 45 iuriiurandi religione adstringi advocati iubentur, sive iudicium, in quo caussa agitur, maius sit, sive minus, & tam apud iudices, quam apud arbitros ex compromisso, vel aliter datos, aut electos. Saluberrima profecto constitutio: quæ si exactius nostris moribus observaretur, non est dubium, quin multo paucioribus litibus fora & iudicia nostra perstreperent, ac maior esset futura inter cives concordia atque coniunctio, in qua maximum Reipublicæ bonum situm est.

XXX. Porro non debet advocatus esse prævaricator. Si prævaricatus sit, pro temeritate commissi extra ordinem puniatur. Et ita de caussa principali denuo quæretur. *L.* 1. *Cod. de advoca.* 1. Prævaricator proprie est, qui cum reo in iudicio publico colludit, & translatitie, seu dicis caussa defungitur accusandi munere, eo quod proprias quidem probationes dissimulet, falsas vero rei excusationes admittat, sive qui diversam partem adiuvat prodita caussa sua. *L.* 1. §. 6. *prævaricatorem*, *Digest. ad Senatusconsul. Turpillian*, *L.* 1. §. 1. *Digest. de prævaricat.* Hic inquam proprie prævaricator dicitur. 46 Advocatus autem, qui sui clientis caussam adversario prodit, non proprie prævaricator dicitur. Et hic extra ordinem puniri solet. *d. L.* 1. *C. de advocat.* 1. iuncta *L.* 1. in fin. *Digest. de prævaricat.* Nam quod Imperator ait, pro temeritate commissi sententiam adversus eum non deesse, id clarius Ulpianus, extra ordinem puniri solet, dixit. Huc refero, quod Claudius Saturninus scripsit, infidas advocationes puniri. *L.* 16. *aut facta* in princip. *Digest. de pæn.* Puniuntur, inquam, extra ordinem. Quoties enim nulla specialis pœna rescriptis principalibus imposita est alicui delicto, caussa cognita liberum est arbitrium statuendi ei, qui cognoscit, ut ait Ulpianus in *L.* 1. §. *expilatores*, *Digest. de effract.* sive brevius: Ubi pœna in lege vel constitutione principis, vel statuto non exprimitur, ibi pœna intelligi debet extraordinaria. Quod argumento illius textus pro generali regula tradiderunt Bartolus & alii. Idemque & aliis locis comprobarunt; ut *L. hodie*,

43. Pontifex Alexander III. *Cap.* 4. *ext. de usur.* Conspirat in idem D. Augustino duce, & post illum D. Thoma Aquinate communis Theologorum sententia. A vero itaque discedit Albericus Gentilis, si ea scribit, quæ hic de illo narrat Osualdus. Jacobi exemplum *Gen.* 28. aut abest ab omni mendacio, ut sentit Augustinus; aut si in illo leve mendacium sit, hominis illud est, at non Dei: quæ responsio & in reliqua cadit similia petita e sacris literis exempla vid. Joan. Laur. Berti *Lib.* 2. *de Theolog. discipl. Cap.* 7. & Scholion *eid. Cap.* adiunctum. *Lib.* 30. *Cap.* 10. *Ven. Edit.* 1760. *pag.* 199.

44) Anton. Massa Gales. *Lib.* 3. *de Exerc. Iurisperit. n.* 12. *& seqq* Habendus, ait, accuratus delectus. Et nec suscipiendæ caussæ, nisi quæ sunt, aut videntur iustæ; nec obstet pudor quo minus susceptam, cum melior videretur, cognita iniquitate dimittat. Etsi enim iureiurando promiserit se operam ad finem litis usque præstiturum, comperta iniquitate caussæ, licite sine metu periurii desistit, Menoch. *Arb. Cap.* 494. Setser. 1. *de iuram.* 17. *n.* 16. *& seqq.* Quæ vero hic cautio adhibenda advocato, ut caussæ virtus, vitiumve illi constare possit ex Quintil. *Lib.* 12. tradit Pariad. 1. *Rer. Quotid.* 2. n. 24. Quod si tamen caussa dubia in facto, vel iure, & in utramque partem anceps, salva conscientia suscipi censet Gutier. 1. *Pract. Q.* 26. *& seqq* etsi adversæ partis rationes præstent, modo clientulum de eo moneat, nec ulla falsitate utatur, proferens quæ pro sua faciunt, reliqua subticendo. Sed hæc in civilibus Criminalem autem dubiam contra reum suscipiendam non censet, nisi maxima pro actore probabilitas. Idem *Q.* 28. in caussa iniusta posse compositionem tentari, modo fraus, calliditas, mendacia absint. Contra Caccial. *de Off. advocat. Q.* 4. *n.* 5. in caussa iniusta nec licite induci ad transactionem, cum ita alienum iniuste quis accipiat. Ast si sciens prudens iniustam litem foveat, mortaliter eum peccare, & teneri clienti ad restitutionem damni, idem *Q. seq.* etsi quendam artic. suscipiat ad impediendam, differendam, perturbandamve caussam principalem: item teneri in foro conscientiæ parti adversæ læsæ, Vasq. *Contr. usu freq.* 10. n. 49. Quod si per ignorantiam bona fide, non teneri, vid. Gutier. *n.* 5. *&* 6 hoc declarans. De quo, & quæ ignorantia, ac quando advocatum hic excuset, Pariador. 1. *Rer. Quotid.* 2. De litium iniquarum patrocinatoribus, pluribus Magon. *Cynos. advoc. P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 31. *& Cap.* 11. *n.* 9. *& P.* 2. *Cap.* 20. *n.* 17. *& Cap.* 39. *ac C.* 42. *& seqq.* Speculat. *hoc tit.* §. *nunc tractemus* 3. P. Greg. 49. *Synt.* 6. *n.* 30. *& seqq.* Ioan. Bapt. Caccialop. *de Off. advocat. Quæst.* 4. Lancellot. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 4. ubi *n.* 3. conqueritur infelicis ingenii haberi, nosse caussas probas defendere: disciplinæ vero altioris malas contra veritatem sustinere. Sicuti Demosthenes caussa improbi hominis suscepta, amicis se ita purgasse dicitur: Probos & innocentes defensoribus non indigere. Iohan. Heidfeld. *Sphynge philos. Cap.* 24. *p.* 319. In quos rabulas caussarum vulneratores vide gravem invectionem Zasii *in L.* 2. §. *post hos quoque* 46. *de O. I. n.* 4. *&* 5. *seqq.* add. Duar. *de Pascule aulico Polit. Ax.* 338. Hier. Prockner. *Addit. ad Maynard. Lib.* 1. *Decis.* 87. *lit. A.* Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 9. *n.* 24. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 19. *n.* 32. *&* 2. *seqq.*

45) Cui simile iuramentum advocatorum Cameræ *Ord. Cam. P.* 1. *Cap.* 64. cuius quatuor præcipua capita Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 32. Monach. *Pract. Iudic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 20. etsi Bulgar. *d.* §. 1. desuetudine, ab aula recessisse velit ref. Zas. *ibid.* qui male hanc Iustiniani sanctionem damnat, quasi sic detur clieos lacerandus perfidiæ advocatorum, quidvis hisce minis, se deserturos caussam ex bona conscientia, a clientibus extorsuri.

die, 13. *Digest. de pœn. L.* 1. *§. ait prætor*, *Digest. de iur. deliber. L.* 15. *§.* 1. *Digest. ad Senatusconf. Turpillian. L.* 8. *ordo. Digest. de public. iudic.* Sed sufficit optimus *text. in d. leg.* 1. *§. expilatores. Digest. de effract.*

XXXI. Præterea universi advocati ita præbere debent patrocinia iurgantibus, ut non prorumpant in licentiam convitiandi, & maledicendi temeritatem: sed potius agant, quod litium utilitas poscit, & quod caussa desiderat: ab iniuria temperent: non autem negocio derelicto in adversarii sui contumeliam, aut palam pergant, aut subdole. Si quis adeo sit procax, ut non ratione, sed [47] probris putet certandum esse (non doctis dictis, sed maledictis, ut ait Ennius) eius pœna est, ut opinionis suæ imminutionem patiatur, id est, ut ignominia notetur, *d. L. 6. quisquis*, *§. ante omnia*, *Cod. de postulan.* Caveblt quoque advocatus, ne litem de industria protrahat atque protelet, *d. L. 6. §. nemo ex industria, Cod. de postulan.* id quod quidam faciunt [48] legum contortores, bonorum extortores, vere, ut ille dicebat, vultures togati.

XXXII. Præterea non debet advocatus cum cliente suo, quem in suam fidem recepit, pendente lite de parte aliqua eius summæ, quæ in lite versatur, sive de societate futuri emolumenti pacisci: Quod vulgo pactum de quota litis appellant. *L.* 5. *si qui. C. de postula.* Honorarium quidem certe advocato debetur usque ad certum modum. *L.* 3. *si sub specie, Cod. dict. tit.* Modus hic sive licita quantitas est in singulas caussas usque ad centum aureos. *L.* 1. *§. si cui cautum, D. de extraordin. cognit.* Sed de lite pacisci non licet, & litis caussa advocato pecunia malo more promittitur, ut est in rescripto Divi Severi, & Antonini, quod laudat Ulpianus *d. L.* 1. *de extraordin. cognit.* Estque hæc deprædatio quædam, ut ait Constantinus *d. L. 5. Cod. de postul.* Unde & Quintilianus eleganter vocat, [49] *pactionem piraticam*. Nihil enim non promittet litigator, quantumvis sibi grave futurum sit ad præstandum (nam imperat omnis qui rogat potentior, ut est in mimis) Nihil quoque non molietur & machinabitur advocatus, & in omnes nequitiæ formas se induet, quo victoriam obtineat spe lucri propositi illectus, ut partem ex victoria auferat. Quam eandem ob caussam etiam procuratoribus hoc pactum interdicitur, ne litem, sive litis incertum contra bonos mores rediment. *L.* 15. *litem*, *Cod. de procurat. L.* 6. *§. ult.* & *L.* 7. *Digest. mandat. L.* 20. *si contra*, *Cod. mand. L. sumptus C. de pact.* Cum itaque hæc conventio manifestum habeat invitamentum ad delinquendum, & contra bonos mores facta sit, merito a iure improbata est. Ex generali regula

L. 5.

46) Si pro cliente fictitie, dicis caussa, pro adversario serio re ipsa certet. Freher 3 *de Infam.* 6. *n.* 14. ubi & mandati iudicio eum ob dolum teneri censet. Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 323. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *Cap.* 23. *&* *Cap.* 48. *n.* 10. *& seqq.* Gutier. 1. *Pract. Quæst.* 30. Confer. de prævaricatione Cuiac. 9. *Obs. ult.* Pollet. 4. *Hist. fori* 3. Matth. Klnk. *ad L. transigere P.* 3. *Cap.* 3. Si tamen salarium promissum iustumve, ei qui spem dedit patrocinii præstare renuat cliens, posse illum adversam partem defendere, statuit Gutier. *d. Q.* 37. Magon. *P.* 1. *Cap.* 8. *n.* 31. Qui vero pro una parte consulendo respondit, non debere deinde aliam adiuvare, nisi aliis rationibus, quam de quibus consilio suo egit, eam niti comperit, ut Gutier. *d. Quæst.* 30. *n.* 5. vel si sequuta facti aut opinionis mutatio, vid. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 8. *&* 9.

47) Etsi Tacit. *de Orat.* advocatos offendere subitæ dictionis impetu, magna impunitate peccantium. Et Apulei *Apol.* 1. morem concessum rabulis, quo ferinæ linguæ suæ virus alieno dolori locare solent, vid. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 4. ubi imprimis monet, ne advocatus erga iudicem iniurius, importunus, aut inverecundus sit. add. Lanc. Polit. *de Off. advocat. Cap.* 10. *n.* 16. *& seqq.* Pollet. 2. *Hist. fori* 9. *p.* 159. Magnn. *Cynos. advoc. Cap.* 46. *&* C. 49. Pravum autem consilium Specul. *hoc tit. §. iam nunc* 4. *n.* 9. ut si partis adversæ patronus, sit melancholicus, aliqua ei dicantur, per quæ moveatur ad iram, unde non possit suum bene ordinare sermonem.

48) Concinnatores caussarum vocantur *L.* 9. *§.* 2. *de off. proconf.* qui litem cavillis reprobis, in longum producere satagunt, Coras. *ibid. n.* 1. *&* 1. *Misc.* 4. qui moratores, Cicer. *in Divinat.* si recte ibi pro *oratorum*, *moratorum*, reponit Cuiac. 4. *Obs. ult.* vid. Magon. *Cynos. advoc. P.* 2. *Cap.* 10. *& Cap.* 46. *n* 17. Unde lites immortales mortalibus hominibus superstites sæpe 100. annum superant; sicuti 150. annos de finibus litigatum inter Gualdenses & Fabrianenses, refert Hieron. de Monte *Tr. Fin. reg. Cap.* 101. *n.* 3.

49) Quint. *Lib.* 12. *Cap.* 7. Paciscendi piraticus mos, & imponentium periculis pretia, procul abominandus, ref. Freher. 3. *de Infam.* 13. *n.* 2. Quam Cuiac. 16. *Obs.* 16. definit societatem futuræ victoriæ conventam inter dominum, & Procuratorem. Est enim hæc redemptio litis alienæ, ἐγγυαλεία Io Steph. 2. *de iurisdict* 12. *n.* 7. Eventus enim litis redemptus videtur *L.* 15. *Cod. de procur.* Quæ & ratio coercendi cessiones nominum, quod illis plerumque tacitæ pactiones tales sint, *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *N.* 2. Et hæc pactio irrita, etsi ita, ut sumptus litis eroget advocatus hac lege: ut si vincatur, eos perdat; sin vincat, partem victoriæ auferat *L.* 15. *de pact.* Hot. *ibid. &* 5. *Obs.* 20. Quin nec sumptus in eam litem, cuius partem redemit, impensos repetere licet *L.* 20. *Cod. L.* 6. *§. ultim. D. mand.* Licet enim utile per inutile vitiari non solet, pœna tamen hæc turpis redemptionis, Don. *ad d. L.* 20. *n.* 7. Idem est, si de re certa, seu particulari pactio; non ad modum quotæ: veluti si lis de hereditate, pactio de re hereditaria, Konig. *Processf. P.* 1. *Tit. de Procur. p.* 127. *& Tit. de Adv. p.* 164. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. T. de Postul. Resol.* 1. *n.* 4. Sed etsi de certa summa, quæ in lite non versatur, in eventum litis prosperum, veluti si vincam 100. sin caussam perdam nihil per *L.* 7. *Mand. ibid.* Bart. quia perinde lis redimitur, Trentac. *d. lo. n.* 5. A Fab. *ad L.* 53. *de pact. Stat. Mediol. Cap.* 431. ubi Horat. Carpan. Vinc. de Franch. *Decis.* 265. Aliud si simpliciter de certa summa, nullo habito respectu, neque ad rem litigiosam, neque ad exitum litis. Ant. Fab. *d. lo.* Plura de consceleratis his pactionibus, quæ advocatos ab honestorum cœtu, iudiciorumque conspectu removent, ut loquitur *L.* 1. *C. Th. de post.* pete ex Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Postul. Resol.* 2. Menoch. *Arb. Cap.* 522. Hot. & A. Fab. *d. lo.* Horat. Carpan. *Stat. Mediol. C.* 419. *vol.* 1. Maynard *Lib.* 3. *Decis. Tolos.* 12. ibique in *Addit. Hier. Prackn.* P. Greg. 49. *Syn.* 6. *n.* 33. Magon. *Cynos. adv. Cap.* 8. *n.* 32. *& seqq.* Ayrer. *Processf. P.* 1. *Cap.* 1. *Obs.* 7. *n.* 4. *& seqq.*

L. 5. D. de pact. dota. L. 6. C. de pact. cum simil. Cæterum, si post caussam actam canta sit honoraria summa, etiam ad certam partem emolumenti quæsiti, placet eam peti posse usque ad probabilem modum seu licitam quantitatem. *d. L. 1. §. si cui cautum, D. de extraord. cognit.* Quippe hic parta iam victoria cessat illa delinquendi falsique committendi illecebra: nec mutat, quanvis nominatim propter palmam partam, id est, propter victoriam cautum sit: hoc enim est, quod ait l. C. *palmarii nomine*.

XXXIII. Pœna advocati talis est, remotio ab officio, sive ut ab hac professione penitus arceatur. *d. L. 5. C. de post.* & *d. L. 6. §. ult. D. mand.* Sed num alios contractus, aut conventiones advocatus cum cliente suo [50] pendente lite facere potest, ut an emptionem & venditionem, &c? Ne hoc quidem; prohibitum est enim *L. 6. quisquis, §. praterea, C. de postul.* Caussa prohibendi duplex. Primo enim metuendum fuit, ne in fraudem superiorum legum de parte litis interponerentur alii contractus, quorum prætextu ad eandem societatem emolumenti litis perveniretur: quod sane factu facile esset simulatis aliis contractibus. Hoc autem non minus improbatum legibus. *L. non dubium. C. de legib. L. 29. & L. seq. D. eod. L. qui testamentum, D. de prob.* Deinde quantumvis veri & non simulati contractus essent, tamen fenestra aperiretur advocatis ad vexandos & concutiendos miseros clientes suos: a quibus per occasionem susceptæ caussæ facile quidvis extorquerent, ne noceant, dum cliens advocati sui operam quolibet sumptu redemptam eumque sibi faventem habere cupit.

XXXIV. Ad hæc advocati officium est [51] iudicis præcepto obtemperare assignantis eum vel huic, vel illi parti. Quod si cui sine probabili caussa patrocinium suum deneget, foro ipsi in perpetuum interdicitur, nec unqum ad agendum admittetur. *L. 7. providendum, C. de post.* Nam ita ius est, ut si quis advocatum non inveniat, vel machinatione adversarii, vel ob suam paupertatem, vel ob ætatem pupillarem, vel quod rebus suis superesse non possit, puta, quia morbo perpetuo laborat, vel alia quavis de caussa, huic proconsul, vel prætor, vel iudex advocatum attribuat, vel petenti, vel etiam ultro: ut supra dictum ex *L. 1. §. ait prætor, D. de postulan. L. 9. D. de offic. procons.* Fit etiam nonnunquam, ut præstantissimi quique advocati stent ab una parte, ab altera infirmiores minusque exercitati. Hic iudex suas partes interponet, dabitque operam, ut veterani cum tyronibus, etiamsi forte hi caussam tueantur meliorem & æquiorem, tamen victoriam penes illos futuram. Qui igitur his personis assignatus fuerit, earum patrocinium suscipere debet. Nisi faciat, ita ut dixi, punitur.

XXXV. Denique advocati est non ultra biennium a iudicii loco abesse sine commeatu, & cum commeatu non ultra quinquennium. Qui diutius absuerit, pœnam hanc patitur, ut de matricula penitus aboleatur, nec unquam possit pristinum gradum suum recuperare, aut eiusdem sedis advocatis adsistere [52] *L. ultim. Cod. de advocat.* 2. Constituit hoc generaliter Iustinianus, cum antea Iustinus in *L. 7. Cod. eod.* cavisset tantum de advocatis Constantinopolitanis, ne ultra trium annorum spacium ab urbe abessent. Et hæ fere sunt partes officii advocati vulgaris, qui privatorum caussas agit. Illud autem, quod est in extremo *d. L. quisquis, C. de postulan.* Advocati esse in agenda caussa [53] stare, magis ad decorum pertinet & honorem, quem privati magistratui exhibere debent, quam ad officium proprium advocati: neque tam constitutione quam communi intelligentia indiget. Eo antea inter officia advocati est a me prætermissum.

 Et ta-

50) Sed si ante litem initus, ea suscepta non irritatur, vid. Ronig. *Processf. P. 1. pag.* 163. Munera vero pendente lite recipere, ut deceat vel non, vid. Magon. *Cynos. adv. Cap.* 24. Pollet. 2. *Hist. fori* 11. *p.* 176. Donatio facta; advocato, lite finita ob patrocinium præstitum, quatenus valeat, Georg. de Cabedo *P. 1. Decis.* 19.

51) Quando enim publicum hoc munus, ad id inviti, nisi iusta sit excusatio, compelli possunt, Gail. 1. *Obs.* 43. *n.* 3. Mynf. 4. *Obs.* 32. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 11. P. Gregor. 49. *Synt.* 6. *n.* 37. Covar. 3. *Var. Resol.* 14. *n.* 1. ubi reprobat Glossam statuentem olim ideo potuisse, quia salaria publice constituta, hodie cessante ea ratione non posse.

52) Vid. Cuiac. 13. *Obs.* 1. qui *d. L. ult.* quæ de præfecturæ prætorianæ advocatis, non adversari, ostendit *L. 7. §. 2. C. eod.* ibi trium annorum, quia illa de advocatis præfecturæ urbicariæ.

53) Sic iubet *Nov.* Manuelis Comneni (edita cum aliis 9. a Carolo Labbæo) *C.* 2. advocatos cum modestia stare debere, nec adsidere iudicibus dum contendunt, Plin. *Lib.* 1. *Ep. In tribunatu abstinui caussis agendis, quod deforme arbitrabar, cui loco cedere omnes oportet, hunc omnibus sedentibus stare.* Cuiac. *in Nov.* 71. Et litigatoribus etiam honoratis ius residendi, dum caussæ aguntur, negat *L. 1. C. de off. civ. iud.* etsi alias sedendi illis cum iudice societas non neganda *L. 2. L. 5. C. de prox. sacr. scrin. Lib. 12. t.* 19. Ioh. Montan. *Tr. de Auctor. magni consilii & Parlam. Gal.* (qui habetur post *Cons. Boerii cum eiusd. addit.*) *n.* 41. Solis illustribus id privilegium ac ius sedendi, si in crimen vocati *L. ult. in fin. pr. C. ubi Senat. vel clar.* Quanquam Pollet. 1. *Hist. fori* 5. *p.* 36. necessitatem hanc mores, non ius introduxisse, velit; nec in iuris ideo præscriptum peccare advocatum, si sedeat. Cum Quintil. *Lib.* 11. *Cap.* 3. eorum, qui sedentes agunt, mentionem faciat. Verum addit Quintilianus fere fieri in rebus minoribus. Et idem *d. Lib.* 11. *C. t. Ridetur merito qui apud disceptatorem de re levissima sedens*, &c. In iudiciis ergo apud pedaneos forte id necessarium non fuit; est secus pro tribunali & apud magistratus maiores.

Et tamen quia etiam de eo in superiore lege cautum est, non putavi hoc loco prætermittendum. Videtur etiam hic respici ad antiquum morem, quo oratores stare, auditores & iudices sedere solent, ut ex Demosthene & Cicerone constat. Sequitur de advocato fisci, quæ ab eo præstanda sint: de quo mox proprio capite dicemus.

XXXVI. Posteaquam de officio advocatorum satis, ut videtur, pertractavimus, quo neglecto pœnas graves ipsis expectandas esse diximus: Consequens videtur, ut etiam de eius observati ac præstiti præmiis agamus. Recte enim ac præclare Solon præmiis & pœnis Rempublicam contineri aiebat. Cui convenienter Plutarchus, duo hæc quasi alimenta quædam virtutum esse scribit. Nam & præmii spes ad optima quæque studia promptiores, & pœnæ metus ad pravas & improbas actiones efficit tardiores. Ulpianus quoque iuris sacerdotes cupere ait bonos efficere, non solum metu pœnarum, verum etiam exhortatione præmiorum. *L. 1. §. 1. D. de iustit. & iur.* Ac de pœnis quidem advocatorum, qui officium violarent, non est, quod hic denuo explicationem instituamus. Hoc tantum ex superiori tractatu meminisse poterimus, pœnas neglecti officii advocato imminere fere quadruplices: vel enim advocatione ipsi interdicitur: idque (ut diximus) nunc in perpetuum, nunc ad tempus, nunc in uno tantum foro, nunc in omnibus locis: interdum etiam foro, quæ pœna est gravior. *L. 9. moris, D. de pœn.* Huc pertinent, qui de matricula penitus delentur. *L. ult. C. de assessorib. L. ult. C. de advoc.* 2. Vel deportationis pœnam sustinet, cum qua coniuncta est publicatio omnium bonorum. *L. ult. C. de postulan.* vel ignominia notatur. *L. 5. si qui. & L. 6. quisquis. C. de postul.* vel pœna afficitur arbitraria. *L. 1. D. de prævaricat. L. 1. C. de advoc. L. 3. C. de advoc. fisc.*

XXXVII. Dimissis igitur pœnis videamus de præmiis ac privilegiis, quibus advocati gaudent potissimum concessu ac munere Imperatorum. Nam horum constitutionibus plurima maximaque accepta ferre debent, cum in Iurisconsultorum veterum scriptis de advocatorum præmiis præter honorarium fere nihil reperiamus.. At Imperator quomodo ait? *Laudabile* (inquit) *vitaque hominum necessarium advocationis officium maxime principalibus præmiis oportet remunerari*. Præmiorum alia ad ipsos advocatos pertinent, alia ad ipsorum filios & hæredes. Deinde alia habent a privatis clientibus suis: alia ex publico. Præterea alia sunt advocatorum vulgarium (ita voco eos, qui privatorum caussas agunt). Et inter hos ipsos alia eorum, qui in inferiore foro aut tribunali, alia eorum qui in superiore; alia & quidem maiora advocatorum fisci. De singulis ordine cognoscamus, & primum quidem de advocatis vulgaribus. Nam de fisci advocatis separatim agendum est.

XXXVIII. Advocati vulgares a clientibus suis hoc præmii habent, quod vocamus usitate, 54 honorarium, vel salarium, vel stipendium, vel solatium, & summam hono-

54) Ita vocatur annua quævis erogatio tuendi, vel exhibendi gratis, *L. ult. de in rem verso* a sale, vitæ necessario, ut Plin. *Lib.* 31. *C.* 7. elemento, P. Greg. 49. *Synt.* 8. *n.* 4. Honorarium, non merces. Hæc enim arti commensurata, ast scientia civilis pretio non æstimanda *L.* 1. §. 5. *de extr. cog.* P. Greg. 49 *Synt.* 8. *n.* 2. Pollet. 9. *Hist. fori* 11. vid *supra Lib.* 12. *C.* 14. *N.* 7. & Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 7. Rauchbar. *P.* 1 *Quæst.* 25 *n.* 17. A. Gent. *de Actorib. fabul. Cap.* 15. M. Ant de Amatis *Dec.* 52. Palmarium vero dicitur, quod post victoriam eius nomine præstatur per *L.* 1. §. 12 *de extr. cog.* Vocari idem suffragium *tit. C. de suffrag.* ab auxilio præbito, sentit P. Greg. *d. C.* 8. *n.* 3. quia sic suffragari dicimus, & suffraganeos episcopi. Sich. vero ad *Rub. C. d tit.* exponit ipsam advocationem, per quam merentur salaria. Sed verius, qui suffragium ibi esse intercessionem aulicorum apud principem, per quam quid impetratum, vid. Alc. 2. *Parad.* 14. Duar 2. *Disp.* 21. Rob. 2. *Sent.* Olim lege Cincia cautum, ne quis ob caussam orandam pecuniam, donumve acciperet, Tacit. *Lib.* 11. *&* 13. Postea SCto, Claudio imperante, modus capiendis pecuniis positus, usque ad dena sestertia, quæ egressi repetundarum tenerentur, Tac. *d. Lib.* 11. Quæ 100. aureis a ICto, in *d. L.* 1. §. 12. taxantur, P. Fab. *ad L.* 1. *de iust. & iur. p.* 13. *& seq.* Manut. *de LL. Rom. p* 146. Pol. 2. *Hist. fori* 11. ubi dena sestertia 250. aureos, vel coronatos nostratis pecuniæ efficere, scribit, ut & Hot. *in L.* 13. §. 9. *C. de iud.* Quia vero Nerone antiquior Claudius, apparet errare Pol. *d. C.* 11. *initio*, dum ante tempora Neronis, qui teste Sueton. *in eius Vita C.* 17 certam iustamque patrocinii mercedem constituit, mercedes advocatorum arbitrarias fuisse, censet. Excipiunt tamen caussas criminales, & famosas, in quibus plus accipere licere, statuunt, arg. *L. pen.* §. 2. *de donat.* Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Post. n.* 2. Beust. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 265. Menoch. *Cap.* 513. *n.* 4. Pluribus de salario advocatorum Gail. 1. *Obs.* 44. Menoch. *Arb. Cap.* 513. P. Greg. 39. *Synt.* 8. *n.* 5. *& seqq.* Magon. *Cynos. adv. P.* 1. *Cap.* 8. Flores Diez. *Lib.* 1. *Q.* 8. *n.* 46. *& seqq.* Hier. Magon. *Dec Flor.* 12. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 1. *Obs* 7. Pol. 2. *Hist. fori* 11. Lanc. Polit. *de Off. advoc. Cap.* 3. Sed num pro opera citra laboris impendium præstita debetur salarium, si advocato consilium in promptu fuit, nec oportuit libros revolvere? Hoc, licet *Gl. in Cap. non licet Cap.* 11. *Quæst.* 3. neget, & Lanc. Polit. *d. Cap.* 4 *n.* 8. qui, non scientiæ, sed laborum duntaxat, ac operæ impensæ, intuitu modum mercedis æstimandum, vult, quia quod gratis acceptum est, gratis rependi debeat; Haud iniuria tamen affirmant Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Advoc. p.* 162. Caccial. *de Off. advoc. Quæst.* 1. *n.* 8. quia non legitima solum ratio præsentis laboris, sed & exacti in iure addiscendo temporis. Alias quo quisque iure doctior, eo deterioris conditionis foret, &c. Cæterum & qui certo salario operam addixit, non tenetur pro eodem in caussa appellationis, quia etsi caussa eadem, instantia tamen diversa, Sich. *in L.* 13. *C. de Proc. n.* 15. Konig. *d. loc. p.* 166. etsi patrocinium promiserit usque ad sententiam definitivam, nisi usus sit verbis nimis generalibus, Coler. *Decis.* 230. *P.* 2. Confer Petr. de Bella Pertica *Q.* 7. Sed & ei, qui ad finem litis adesse recipit, debetur salarium, etsi lis amicabili compositione transacta, ac etsi alio procurante, quia per advocatum non stetit, &c. Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Procur. p.* 128. Aliud tamen in palmario, ratione victo-

honorariam, interdum etiam palmarium, quasi quod ob victoriam caussæ (hanc enim utraque pars litigantium sperat & optat) datur. Ac de eo extra ordinem ius ipsi dicitur: Qua in re iudex ita versabitur, ut pro modo litis, pro advocati facundia, & consuetudine fori ac iudicii, in quo caussa agitur, æstimationem adhibeat. *L. 1. §. in honorariis, D. de ext. cognit.* Non debet etiam advocatus aspernari id, quod sibi semel officii gratia litigator obtulerit. *L. 6. quisquis, C. de postul.* Huius licita quantitas quænam sit, supra diximus, nimirum in singulas caussas usque ad centum aureos, ex *d. L. 1. §. si cui cautum*, versic. *licita*, *D. de extraordin. cognit.* Non debet autem honorarii loco advocatus litem malo more redimere, aut de futuro emolumento societatem cum cliente suo coire: quod ipsum quoque quale esset, paulo ante exposui. Quod si advocatus sibi aliquid pactus sit ultra licitam honorarii quantitatem, hanc pactionem placuit non valere, sed hactenus solum esse inutilem, quatenus cautio legitimum modum egressa est, ut solemus dicere de donationis maioris 50. solidis, nec insinuatæ superfluo, & de mandati finibus superatis. Adeo autem inutilis est pactio, ut etiam ex ea caussa solutum placeat repeti posse. *d. L. 1. §. in honorariis*, versic. *si Iulius*, *D. de extra. cognit.* non utique tanquam indebitum solutum (alioqui nisi per errorem facti solutum repeti non posset) sed tanquam datum ob turpem causam, cuius turpitudo in advocato solum versetur, non in cliente.

XXXIX. Deinde Imperatores advocatis filiisfamilias hoc privilegium concesserunt, ut quicquid ex professione advocationis eiusve occasione quæsicrint, id præcipuum sibi vendicent habeantque pro peculio quasi castrensi *L. 4. fori*, & *L. 8. cum advocatio. C. de advoc. 1. L. ult. C. de inoffic. testamen.* Quod idem etiam assessoribus datum esse supra diximus ex *L. 7. velut, C. de assessor.* Dicitur hoc peculium quasi castrense, ideo, quia ad exemplum militum introductum est, *d. L. 4.* sive ad imitationem peculii castrensis. *d. L. ult. C. de inoffic. testam.* Ratio exponitur *L. 14.* Quia & horum quædam est militia, sed togata, sed literata. Nam Imperatores crediderunt, non illos solos imperio suo militare, qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, id est, armatæ militiæ milites, & quibus proprie hoc nomen competit, sed etiam advocatos, & caussarum patronos, qui gloriosæ vocis confisi munimine laborantium spem, vitam, & posteros defendunt: qui dirimunt ambigua fata caussarum: qui suæ defensionis viribus sæpe in privatis ac publicis rebus lapsa erigunt, & fatigata reparant. Hos, inquam, non minus censent humano generi providere, quam si præliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. *d. L. 14.* Huius autem quasi castrensis peculii, hoc est ius, ut nec parentibus superstitibus quicquam in eo acquiratur, sed totum pleno iure ad advocatos pertineat, etiamsi sint in potestate, nec post eorum obitum cogantur conferre cum fratribus, atque in divisionem deducere. Nec enim oportet eorum labores aliis fructum vel lucrum afferre. *argumen. L. ultim. C. de silentiar. lib. 12.* Sed hac de re suo loco plenius est a nobis expositum.

XL. Præterea advocati donantur onerum personalium immunitate, ut nulla penitus sollicitudo actus publici ipsis iniungatur, aut ingeratur invitis nulla inspectio, nulla peræquatio, nulla operis extructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur, nullum denique aliud eis mandetur, præter arbitrium in eodem duntaxat loco, ubi advocationis exercent officium. 55 *L. 1. L. 6. sancimus. L. 13. petitionem*, in fin. *C. de advoc. 1. L. 3.* iube-

victoriæ promisso, nisi doceat advocatus de victoria, statuit Sich. *ad L. un. Cod. de Suffrag. n. 13.* Unde etsi annuum in caussa salarium, ut assolet, promissum, & advocatus priori anno liti adstitit, posteriori vero transactum, nec præter epistolam forte unam quidquam toto anno conficiendum, integrum anni posterioris salarium deberi, censet Iacob. Schult. *Quæst. pract. 5.* tum quod non opera sola, sed & scientia, probitas ac studium, semper paratum spectata fuerint; tum quod sufficiat, per advocatum non stetisse, &c. Quid si quis annua salaria habeat a pluribus, pro litibus agendis, quæ eo anno occurrent, & inter hos ipsos clientes lites exortæ? vid. Magon. *Cynos. adv. P. 1. Q. 8. n. 56.* Quibus actionibus salarium petatur, Gail. 1. *Obs. 44. n. 3.* Martin. Monter de Cueva *Decis. 36.* Rosbach. *Process. Tit. 18. n. 28* Petr. de Bella Pertica *Quæst. 6.* P. Greg. *49. Synt. 8. n. 8.* Denique pauperum caussas gratis suscipere advocatum compelli, pœna interdictionis fori, tradunt, ac peccare qui operam illis gratuitam recusat, Menoch. *Arb. Cap. 369. n. 4.* Gail. 1. *Obs. 43. n. 11. & seqq.* Rebuff. *Privil. schol. 90.* Iohan. Bapt. Caccial. *de Off. advoc. Quæst. 3.* Magon. *Cynos. advocat. P. 1. Cap. 10.* Thom. Actius *de Privil. infirmit. P. 2. lit. A. v. Advocati n. 6.* Sebast. Med. *de Cas. fort. P. 2. Q. 4. n. 11.* Covar. *Pract. Q. 6. n. 4.* Barthol. Bertaz. *Lib. 2. Decis. criminal. Cons. 321.* ubi in *Addit. Claud. Bertaz.* Quin imo peccare, si ab eo oblatum recipiat, Rol. a Valle *Cons. 87. n. 28. & seqq.* ref. Horat. Carpan. *Stat. Mediol. Cap. 83. Vol. 2.* licet datum repeti nequeat, Tiraq. *de Nobil. Cap. 29. n. 41.* Expedit vero advocato, pauperum salarium ex publico constitui, Caccialup. *d. Q. 3. n. 2. & 10.* Covar. *d. n. 4.* Quis vero pauper æstimandus iudicis arbitrio, communius tribunnt Menoch. *Arb. C. 61.* P. Mat. Wehner. *Pract. Obs. de V. S.* verbo *Armuth.* Quod declaratur *Decis. noviss. Rota 48. n. 2. P. 2.* si de paupertate absolute agatur, secus si respectu certi alicuius & determinati effectus, veluti debiti solvendi: In Curia vero Elect. Sax iurato testari tenentur *dass sie an allen ihren Gutern bevveglichen und unbevveglichen Schulned und Gerechtigkeiten uber 75. Gulden Reihisch nicht vverth haben.*

55) Et privilegia fori, aliaque studiosorum retinebit, vid. Matth. Steph. *de Iurisdict. Lib. 3. P. 2. C. 5. n. 41. & seq.* Quin & ab oneribus realibus, tributorum immunes

iubemus, §. *ult.* & *L.* 5. *petitiones*, §. *ult* C. *de advoc.* 2. Arbitrium intellige munus iudicandi, quod recusare non possunt. Poteritne ergo idem esse, & iudex & advocatus? minime. Est enim contra expressam *L.* 6. *quisquis*, *C. de postulan.* Sed tum demum arbitrium recte mandabitur advocato, cum hoc officio fuerit perfunctus. Nominatur ibi inter cætera munera & onera etiam exhibitionis seu deductionis onus. Exhibere est alere multis in locis iuris nostri, ut *L.* 5. *D. de agnosc. lib.* *L.* 36. *Nesennius*, *D. de negot. gest.* *L.* 1. §. 1. *D. de offic. præf. urb.* *L.* 5. *D. de naut. fæn.* *L. ult. D. de in rem vers. lib.* 1. *feud. tit.* 6. in fin. *Iustin. lib.* 9. 11. & 22. Itaque hic exhibitionem intelligo, alimentorum præbitionem factam, vel principi & eius comitatui, vel præsidi provinciæ, vel proconsuli, vel legato. Sed observandum *d. L.* 3. & 5. de advocatis fisci agere.

XLI. Porro non est omittendum & hoc privilegium, quod primates advocati ad gradum & officium patroni fisci provehi soleant. *L.* 2. *C. de advoc.* 2.

XLII. Præterea advocati comitis rerum privatarum, & proconsulis Asiæ præmium, deposito officio hoc erat, ut clarissimis connumerarentur. *L.* 1. *C. de advoc.* 2. De quibus dignitatum titulis, ut scilicet alii perfectissimi appellarentur, alii spectabiles, alii clarissimi, alii illustres, alii supra illustres, vide & *L.* 26 *eos C. de usuris*. Et Alciatus, Duarenus aliique explicant. Deinde etiam provinciæ rectores, sive ut Imperatores loquuntur, exconsulares moderatores creabantur contemplatione exhaustorum laborum. *L.* 9. *si quis*, & *L.* 13. *petitionem*, *C. de advoc.* 1. Qua tamen administratione sine labe peracta, licebat eis ad prius officium advocationis redire, unde sibi vitæ subsidia comparabant. *d. L.* 9.

XLIII. Erant & alia quædam advocatorum huius, aut illius fori sua ac peculiaria præmia ac privilegia, ut præfecturæ urbicariæ ut præfecturæ prætorianæ per Orientem, ut præfecturæ per Illyricum, &c. *L.* 5. *quicquid*, & *L.* 7. *iisdem*, *C. d. tit.* *L.* 17. *iubemus*. *C. de advoc.* 2. Quæ qualia fuerint, cum in legibus non exprimantur, curiosius quærere non videtur operæ precium. Iam olim namque mutata Reipublicæ forma hæc quoque una sunt commutata: Quanquam etiam ad nostros mores, nostraque tempora facile accommodari poterunt ab eo, qui attendere velit.

XLIV. Atque hæc & his similia præmia habent ipsi advocati dum vivunt. Sequuntur alia, quæ partim liberis eorum defunctorum, partim etiam extraneis hæredibus indulta sunt. Quale est primo, quod filii togatorum causas agentes cæteris supernumerariis & extraneis præferuntur, dum tamen & ipsi iusto tempore iuri operam dederint, & facundia præditi sint: Et quidem gratis sine ulla suffragii præstatione, aut sumptu recipiendi sunt. *L.* 11. & *L.* 13. *petitionem*, *C. de advoc.* 1. *L.* 3. §. & *filios*. *L.* 5. *L.* 7. *C. de advoc.* 2.

XLV. Deinde advocatus qui diem suum obierit, totius anni solatia transmittit ad hæredes, tam extraneos, quam liberos, & tam ab intestato, quam ex testamento. [56] *L.* 15. *post duos*, §. 1. *C. de advoc.* 1. *L.* 3. & *L.* 5. §. *ult*, *C. de advoc.* 2. Sed obstare his videtur. *L.* 13. *petitionem*, versic. *quando autem*, *C. de advoc.* 1. ubi hæredes defuncti patroni, fisci nihil sibi commodi acquiri posse sperare debent. Respondeo hoc ita intelligendum esse, ut ipsi defuncto succedere non possint (subrogatur enim statim alius, qui gradu ei proximus erat in advocatorum matricula sive ordine) non ut solatia defuncti eis non [57] debeantur. Deberi enim, alis legibus nimis diserte continetur.

CAP.

nes esse contendit. Guido Pap. *Decis.* 88, *cum* 388, quod pluribus operose firmat. Matth Steph. *d. P.* 2 *C.* 10. *n.* 16. *& seq.* Contra, usu obtinere, certum est, Gutier. *Pract. Q.* 23. Toming. *Decis.* 55. Discussionis quoque seu disceptationis rationum fiscalium onus personale, mandari advocatis potest *L.* 2. *Cod. de discuss. Lib.* 10 *t.* 30. Quæ ne repugnet cum *d. L.* 6. *Cod. de advoc.* *L.* ibi *nulla discussio*; ideo Cuiac. *in d. L.* 3 eam legem 6. ad illustrium & spectabilium iudicum advocationem refert.

56) Quamvis enim *dd. LL.* nominatim de advocatis fisci loquantur. Unde hoc in illis speciale videri potest, communi tamen DD. sententia, honoraria annua, quorumcunque advocatorum eodem iure censentur, Flores Dic. *Var. Q. Lib.* 1. *Q.* 8. *n.* 58. Mynf. 3. *Obs.* 8. Gail. 1. *Obs.* 44 *n.* 12. Rosbach. *Process. Tit.* 18. *n.* 27. Wes. *in Par. C. de Advoc.* 1. *n.* 5 Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 25. *n.* 9. ubi *n.* 15. *& seqq.* id in omnibus obtinere, scribit, quibus annua stipendia ob operam & officium liberale præstantur, non tam ut labor mercede, quam ut beneficium antidoro compensetur. Secus in salariis ministrorum, mercenariorum, opificum, &c. quæ proprie mercedes dicuntur. Sicuti & salaria illa advocationis, assessoris, &c. quæ non tam laborem, quam probitatem scientiæ principaliter respiciunt, etiam pro tempore licitæ, vel concessæ absentiæ, deberi, tradunt, etsi aliud sit in conductis, respectu laboris & operarum, vid. M. Anton. de Amatis *Decis.* 52. An vero salarium advocato debeatur initio litis, quod vult Ronig. *Process. P.* 1. *Tit. de Advoc. p.* 162. Sich. *ad L. un. C. de suffrag. n.* 6 *&* 7. Gail. 1. *Obs.* 44. *n.* 12 an fine ut Mynf. 3. *Obs.* 7. an medio, pluribus Magon. Cynos. *advoca. Part.* 1. C. 8. *n.* 15. *& seqq.*

57) Ita & Salic. *in d. L.* 13. *n.* 1. ref. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 25. *n.* 7. Cuiac. *in L. ult. Cod. de domest. & protect. Lib.* 12 *tit* 17. salarium insequentis anni heredibus negari, illis verbis, quod heredibus domesticorum, & protectorum, a subrogato præstandum ex *d. L. ult.* in qua dubitandi ratio,

C A P. I V.

Quæ advocati poteftas fit in cauffa fufcepta, vel ut clienti profit, vel ut noceat. Et de errore aut dolo advocatorum: & quid in advocatorum errore iudex pro officio facere poffit vel debeat.

Tranfitio & divifio. I.
Advocatus clienti fuo prodeffe poteft: nunquam vero ita nocere ut id remedio iuris emendari nequeat. II.
Sive ipfe cum adverfario collufe rit; five per errorem facti abfente domino quid in cauffa peccaverit. III.
Immo & illud emendari poterit, quod fit ab advocato præfente domino peccatum; & quomodo. IV.
Contrariis occurritur; & L. error 7. de iur. & fact. ignor. *illuftratur.* V.
Conclufio. VI.
Etiam illud emendabitur, quod per iuris errorem peccaverit advocatus. VII.
Obiectis fit fatis. VIII.
Quod ex imperitia reticuit advocatus, iudex fupplet ex officio. IX.

I. His de advocatorum perfona, præmiis, officio breviter cognitis, reftat qui quartus in his locus erat, ut quæ fit eorum poteftas in cauffa fufcepta, videamus: five quæritur, an fine his nihil recte agi poffit in cauffa: five quæritur, an his agentibus quod dixerint fecerintve in cauffa, prout id per fe ad cauffam utile eft, aut inutile, ita clienti profit, aut noceat. Et de priore hoc ante omnia ftatuendum eft, non ita cauffam fufceptam effe in advocati poteftate, ut deinceps nihil fine eo in cauffa geri poffit. Quod iam ab initio monui, etiam hic nobis repetendum eft. Cauffa advocato poteft carere: ut fi forte abecit; quæcunque abfente eo acta erunt, & iudicata non repugnante litigatore, nihilominus rata funt: nec velamento abfentiæ patroni cauffæ liceat [1] finita retractare: cautum in *L. velamento, C. de poft.*

II. Solum ergo in eo advocati poteftas eft, fi quid dicat aut faciat in cauffa, quod cauffæ profit, vel noceat. Hæc poteftas quæ fit & quanta, quæritur. Et prodeffe agendo clienti fuo advocatus femper poteft: nocere non item. Quidquid recte dixit, egitve in cauffa advocatus, eiufmodi eft, ut quoniam ad utilitatem cauffæ confertur, etiam clienti prodit: qui inde confequitur, ut vincat: victoriæ autem commodum ad eum folum pertinet. Quod fi quid advocatus falfi in cauffa dixit, aut cum ab adverfario diceretur falfum, admifit, quod cauffam læferit: non continuo id nocet clienti, quin idoneis remediis iuris emendari & retractari poffit.

III. Intereft in eo, utrum quid advocatus fecerit dolo malo, dum colludit cum adverfario? an vero errore. Si quid dolo malo per collufionem; adeo factum clienti non nocet, ut neque abfenti, neque præfenti noceat: atque adeo ne ob eam quidem cauffam victo, nec provocanti: quia collufione comperta liceat victo denuo de eadem re agere *L. 1. C. de advoc. diu. iud. L. Divus, 33. D. de re iud.* Sin quid hic peccatum eft ab advocato per errorem, dum puta dicit aut fatetur rem aliquam effe alterius, quæ erat clientis; refert utrum abfente litigatore id factum fit, an præfente. Si abfente; vetus conftitutio eft, advocatorum errorem abfentibus litigatoribus non nocere. *L. ultim. C. de erro. advo.*

IV. Si præfente, contra: de quo ita cautum eft in *L. 1. C. eod.* ea quæ advocati præfentibus iis quorum cauffæ aguntur, allegant, proinde habenda funt, ac fi ab ipfis dominis proferantur. A quo prolatum a domino in cauffa, ipfi nocetet, nifi in tempore mutatum & correctum effet. Quare & ab advocato allegatum præfenti domino fimiliter nocebit. Sed perperam allegatum poftea emendari poteft. Quæritur, quando & quibus modis. De quo comprehenfum eft in *d. L. ult. C. de error. advoc.* ad hanc fententiam; ut cliens quo præfente aliquid perperam allegatum eft ab advocato errante, id competto errore mutare poffit & ante fententiam, & poft fententiam adverfus eum latam. Ante fententiam quidem contra-

1) *L. 1. C. de repud. her. poff.* Eft. abfentia advocati, iufta cauffa petendæ dilationis, per *L. 15. §. ult. L. 23. §. ult. D. ex quib. ca. mai. L. in f. ibi ex neceffitas C. de dilat.*

tradicendo; verum intra triduum, ex quo id perperam allegatum est, non longius. Post sententiam autem, ut appellet; quod vel huius unius erroris emendandi caussa facere concessum est.

V. In quibus duo dicimus digna animadversione. Videtur enim, nisi quid attendimus, utrumque negari in *L. error*, *C. de iur. & fact. ign.* Ideo utrumque explicationis indiget. Primum hic dicimus, quod per errorem ab advocato perperam allegatum est, ita pendente iudicio mutari posse a litigatore, ut id fiat intra triduum; cæterum post triduum ante sententiam non posse. Atqui in *d. L. error*. Ita definitur; errorem facti necdum finito negotio nemini nocere. Quid est hoc, nondum finito negotio nemini nocere, nisi quandocumque ante sententiam dum lis pendet, errorem retractari posse, & effici ne noceat? Minime vero hoc eo dicto significatur. Non enim qui dicit hunc errorem non nocere, sed mutari posse, idem dicit omnibus modis quibus libet, & omnibus temporibus mutari posse, ne noceat. Ergo hæc ita cohærent, atque hoc modo interpretanda sunt. Error facti, qui in allegationibus advocato oritur, pendente lite clienti non nocet. Sed non nocet suis modis. Quibus ergo videndum est. Et hoc est, quod de hac specie explicatur [a] in *d. L. ult. C. de erron. advoc.* Non nocet his modis, si contradicatur pendente lite intra triduum: aut sententia lata, si appelletur. Quod posterius si fiet, appellatio interposita efficiet, ut vere intelligatur error facti retroversus nunquam ne pendente quidem iudicio clienti nocuisse: quorum appellatio exstruxit pronuntiationem: *L. 1. in fin. D. ad Turp.* Rursum dicimus, si quid in caussa peccatum sit ab advocato errore facti præsente litigatore, & inde sententia adversus clientem lata, nihilominus eius erroris mutandi caussa appellari posse. At etiam hic contrarium putes, quod subiicitur in *d. L. error*. Sic enim verba sunt: *nam caussa decisa velamento tali* (id est erroris facti) *non instauratur*. Sed & hoc multo minus quam superius est contrarium. Dictum est enim de caussa decisa. Ea autem demum decisa intelligitur, quæ vere & cum effectu decisa est, id est ita decisa, ut transierit appellandi tempus, atque ita nullo remedio iuris attentari possit. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L. 1. in fin. D. quod quis. iur. L. pen. §. 1. D. ne quis eum qui in ius voc. est, vi exi.* Nos de non decisa loquimur, quippe de ea a qua iure potest appellari, proinde & de qua sic potest iterum agi, quasi de re omnino iudicatum non esset, appellatione, ut dixi, iudicatum infirmante, *d. L. 1. in fin. ad Turp.*

VI. Ergo de his quæ advocati præsentibus clientibus suis allegant, dicunt, aut fatentur errore, quo caussam lædant, summa huc redit: ea ut oportet non retractata dominis nocere, perinde ac si ab ipsis allegata dictave essent: tempestive autem & suis remediis retractata non nocere. Remedia opportuna retractandi hæc esse, ut aut pendente adhuc iudicio, intra triduum domini contradicant: aut si triduum exierit, sententia lata intra tempora legitima appellent: sic enim in caussa appellationis licere errorem mutare.

VII. Atque hoc in errore facti recte dici convenit: congruunt enim cum perpetua regula iuris quæ efficit facti errorem nemini nocere *L. error*, *L. regula*, *D. de iur. & fact. ig.* Quid si peccatum erit ab advocato ignorantia iuris? finge non satis peritum iuris advocatum præsente domino aut sciente nec contradicente, per imperitiam iuris aliquid dixisse, aut scripsisse in caussa, quod si sequatur iudex, advocatus caussa cadere debeat. An ne hic quidem error aliter nocebit domino litis, quam error facti: ut liceat etiam hunc retractare, & intra triduum contradicendo, & sententia lata per appellationem? Nam *L. ult. C. de err. adv.* quæ de hoc errore constituit, generaliter de potestate erroris advocatorum emendandi scripta est: verbo autem erroris nisi quid alibi excipitur, constat utrumque errorem contineri & facti & iuris. *L. 2. L. error*, *D. de iur. & fact. ign.* Rursum regula iuris est, iuris ignorantiam cuique nocere. *d. L. regula*, *D. eod.* Dicendum est non magis hic errorem advocati in iure domino præsenti nocere, quam errorem facti, pariterque utrumque iisdem remediis atque iisdem temporibus emendari posse: uti & in hæc verba scripta est. *d. L. ult. de err. adv.*

VIII. Non obstat regula iuris, errorem iuris omnibus nocere. Habet enim hæc regula hanc exceptionem ad omnes personas pertinentem, nisi versetur error in damnis amittendæ rei nostræ. Errorem iuris in damnis admittendæ rei suæ nulli nocere placet: *d. L. error*, *D. de iur. & fact.*

[a] Aliter Sich. in *d. L. ult. n. 2.* post Cast. videlicet intra triduum si revocet, sufficere nudam allegationem erroris, post triduum vero requiri probationem.

fact. igno. Huius autem generis est hic error, qui in allegationibus ad caussam pertinentibus admittitur ab advocato. Nam quandiu nobis lis pendet apud iudicem, nondum nobis res amissa est, sed est ea potius, de qua non amittenda laboramus. Proinde in damno huius caussæ error iuris in ea admissus non magis domino nocebit, quam facti error quanvis iustissimus. Sic nocebit 3) uterque si nec mutatus erit pendente lite, nec a sententia ex hoc errore lata appellatum sit. Tum enim caussa vere decisa est: de qua generale illud tenendum est positum in *d. L. error, C. de iur. & fact. ignor.* caussam semel decisam nullo velamento erroris ne facti quidem instaurari posse.

IX. Quod si error advocati in iure ne tum quidem domino nocet, cum is dixit aut fecit aliquid in caussa domino præsente; multo minus nocebit, si quid imperitia iuris omisit advocatus, quod ad caussam obtinendam pertinebat. Et tamen utrumque ita nocere potest, si sententia ex hoc errore lata, dominus in eodem errore ad extremum manens ab ea sententia non appellarit. Quod cum sæpe accidere soleat imperitia aut Socordia advocatorum deceptis dominis, huic periculo occursum est bonis legibus, & cautum in *L. unic. C. ut quæ desunt advoc. part. iud. sup.* ut si quid a litigatoribus, vel ab iis qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id iudex 4) suppleat, & proferat, quod sciat legibus & moribus convenire. Id significat officium esse boni iudicis, si quid in iure erratum animadverterit ab advocato, non ideo sequi errorem eius, sed in sententia dicenda contempto eo errore iudicare secundum ea, quæ novit legibus & moribus esse consentanea. Quæ constitutio cum ad emendandum errorem iuris, qui in advocato est, pertineret, recte atque ordine factum est, ut ea subiiceretur in Codice, titulo, *De errore advocatorum*. In iuris errore meminerimus hoc dictum esse, & datum iudici contemnendi mutandique huius erroris potestatem. Ad 5) errorem facti non pertinet: de quo illud dictum est, præsidem provinciæ in iis, quæ de facto dicuntur, probanturque, id solum sequi debere, quod convenit eum sequi ex fide eorum, quæ probantur, *L. illicitas, §. 1. D. de offic. præs.*

CAP.

3) Quomodo autem advocati imperitia, vel negligentia puniatur, & ut parti teneantur, vid. Spec. *hoc tit.* §. 9. *n.* 17. Konig. *P.* 2. *Tit. de Procur. p.* 125. *& seqq.* Caccial. *de Off. adv.* Q. 4. Mag. *Cynos. advoc. Cap.* 32. *&* 2. *seqq.*

4) Quare si ex actis, vel confessione constat, actorem carere actione, iudex ex officio, parte etiam non petente, recte repellit. *Gl. in L.* 40. verbo *aut pœna Cod. de transf.* Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 25. *P.* 1. *n.* 6. Sicuti & ex *d. Nov. Sax.* præscriptionis exceptio omissa, sed de qua manifeste liquet, iudicis officio suppletur.

5) In facto tamen supplere posse, quando de iis, ex actis clare apparet, per *C. dilecti de iudic.* Myns. *Decade* 3. *Resp.* 25. *n.* 7. Consuetudinem, quia facti est, etsi notoria sit, si partes non allegant, iudicem supplere non posse, vult Sich. *ad d. L. un. n.* 5. Quod merito reprobat Arum. *Disp. Pand.* 5. *Th.* 8. quia iudici non minus consuetudinis, quam legis scriptæ ratio habenda. Et ipsa consuetudo facti non est, sed cum quæritur an sit. Sed & consuetudinem notoriam excipit Wes. *Par. Cod. Ut quæ desunt advoc.*

C A P. V.

De advocatis fisci.

Qui huius tractationis usus. I.
Qui talium advocatorum numerus, officii tempus, salarium, praemia publica apud Romanos. II.
Advocatorum numerus & dignitas, & emolumentum nostris temporibus a cuiusque principis aut populi voluntate dependet. III.
Quod fisci advocatorum munus apud Romanos; quae horum poena si officium desererent. IV.
Fisci advocatus in caussa fisci qui potestate differret ab aliis in caussis privatorum. V.

I. QUæ de advocatis hucusque diximus, omnium advocatorum communia sunt. Quædam sunt advocatorum fisci propria, proposita etiam in Codice proprio titulo cum hac inscriptione, *de advocatis fisci*, tum varie sub titulis *De advocatis diversorum iudiciorum*, & *De advocatis diversorum iudicum:* quæ ideo & nunc separatim breviter attingemus. In quibus etsi pleraque pro temporibus & locis varie constituta sunt a Romanis, quæ apud alias gentes, mutata Imperii & Reipublicæ forma, non item observantur, aut pro arbitrio constitui aliter possunt: tamen sunt eiusmodi quæ nos erudire possunt, quid hic sit utile aut retinendum, vel imitandum in Rebuspublicis nostrorum temporum. Si nihil aliud; certe ad historiam Romanorum iudiciorum pertinebunt; illud etiam efficient, ut sciamus, quid in tam multis constitutionibus, & tam prolixis superiorum titulorum quærere debeamus: quorum maxima parte de his advocatis cavetur.

II. Advocatorum fisci propria hæc constituta legibus Romanorum: Numerus advocatorum fisci; Tempus eius officii; Salaria; Præmia publica; Officium; Potestas in caussa. Numero bini advocati attributi præfectis Prætorio: aliis præfecturis summis, quæ fuerunt in provinciis, [1] unus. *L. binos*, *L. sancimus*, 12. *C. de ad. div. iudic.* Officii tempus in binis illis prætorianis annuum; in cæteris biennale fuit, *ibidem*. Salaria his advocatis non privata, sed de publico constituta, ad summam sexcentorum aureorum in singulos annos. *L. per hanc*, §. *sexcenti*, *C. de ad. div. iud.* De his salariis constitutum idem, quod de aliis eorum, qui officio aliquo publico funguntur, ut si forte advocati fisci in ea functione decesserint, totius anni salarium, quod non perceperint, ad heredes suos transmittunt. *L. iubemus*, 3. §. *ult.* *L. petitiones*, §. *ult.* *C. de ad. diver. iudic.* Præmia advocatis fisci constituta, non illa solum cum cæteris communia, immunitas ab omnibus muneribus personalibus, & plenum ius rerum ex ea functione quæsitarum; sed & propria quædam posita in titulis dignitatum, & rerum quarumdam tum commodis, tum prærogativis: tributa partim in officio manentibus, partim etiam officio functis. In officio manentibus hæc: ut tantisper inter spectabiles sacri consistorii principis comites habiti, iisdem commodis fruerentur. *L. laudabile*, *C. de advo. div. iud.* Item ne pulsati quocunque genere actionis quidquam sportularum nomine solvere cogerentur. *L. per hanc*, in fin. *C. de advoc. divers. iudic.* Quod in cæteris privatis diversum ius fuit. Sic enim mos erat iudiciorum, ut rei conventi penderent apparitoribus sportulas pro portione quantitatis libello conventionis comprehensæ; non autem actores, qui apparitores miserant ad reum in ius vocandum, & libellum conventionis ei offerendum: indicat §. *tripli. Inst. de act.* Item ut si prius advocati fisci cohortalis conditionis fuissent, semel ad hoc munus adhibiti continuo ea conditione ipsi una cum liberis liberarentur. *L. advocatos*, 2. *C. de advoc. div. iud.* Diximus quidem supra, neminem qui hac conditione esset, in numerum advocatorum quanvis privatorum admitti solitum. *L. nemini*, *C. de adv. div. iudicior.* Sed finge aliquem receptum dissimulantibus cohortalibus, qui de admissi conditione interrogati erant, vel conditionem eius ignorantibus. Placebat nihilominus hunc non solum officio advocati fisci recte fungi; sed

[1] Unicum tamen fuisse fisci patronum biennalem Alexandriæ, item in foro Præsidali Syriæ, & comitis Orientis, Briss. 3. *Antiq.* 21. quem adi, & P. Greg. 49. *Synt.* 7.

sed etiam prioris conditionis vinculis liberari. Officio functis etiam hæc tributa. Placebat, ut ex consulari præsidis dignitate censerentur. *L. petitionem*, *§. egredientem*, *C. de adv. diver. iud.* Item ut ab omni functione publica seu ab omni munere personali perseverarent esse, ut prius, immunes. *L. iubemus*, *ult. C. de adv. div. iud. L. petitiones*, in fin. *C. de adv. diver. iud.* Item ut eorum liberi clarissimorum notariorum in numero haberentur. *L. laudabile. C. eod.* In quibus licet observare titulos veteres, quarundam dignitatum usurpatos Romanis. De quibus legere est apud Cassiodorum.

III. Hi mutata Reipublicæ forma una cum Repub. & Imperio Romano ita exoleverunt, ut ne nomen quidem hodie quisquam usurpet. Sed tamen ex his hoc saltem assequimur, ut intelligamus magnam semper habitam dignitatem advocatorum fisci fuisse. Sed & hæc & superiora ita sunt, ut de his unusquisque princeps aut populus statuet. Ubique tot erunt advocati fisci, quot constituere in sua ditione visum erit principi, aut populo, penes quem rerum potestas est: functionis finis idem. Salariorum quantitas, & præmiorum modus eiusdem potestatis & arbitrii.

IV. In officio advocatorum fisci hæc sunt: Ne qui fisci caussam agant, adversus fiscum patrocinium præstent, præterquam si [2] suam caussam agant, aut parentum, liberorumve, vel pupillorum, quorum tutelam gerunt, *L. 1. C. de adv. fisc. L. pen. D. de post.* Ne fiscalia commoda occultent prævaricando & colludendo cum adversariis in necem fisci. Sed nec dum fisco consultum volunt, privatis calumnias moveant, falsa crimina, puta affingendo, falsas delationes tuendo, ut bona aliqua vindicentur fisco. Quæ duo posteriora cauta sunt. *L. pen. C. de adv. fisc.* Et additur ibidem comminatio, ut si quid advocati fisci adversus ista faciant, pœnas metuant. Ubi pœnas intelligere debemus prævaricatoribus propositas & calumniatoribus, quas cognoscere licet ex titulis propriis *De prævaricatoribus*, & *De calumniatoribus*.

V. Potestas advocati fisci in caussa suscepta longe diversa ab ea, quæ est, privatorum advocatorum in caussa. Nam, ut supra iuuulmus, in cæteris caussis sic advocati opera utilis est, ut non sit necessaria; nec quia patronus caussæ subscriptæ non adfuerit, & res absque eo acta & iudicata sit, ideo res iudicata potest rescindi. *L. velamento*, *C. de post.* In advocato fisci propter utilitatem publicam hoc servatur, ut nisi [3] præsente eo de caussa fisci agi aut iudicari non possit. Cautum in *L. ult. C. de adv. fisc.*

2) Ne officium publicum sit damnosum, si non posset retineri, nisi pretio violatæ pietatis, quo ita violaretur *L. 6. h. t.* Ant. Fab. *ad d. L. pen.*

3) Quando tamen caussa deciditur, præsentiam non exigi, per *L. 3.* ibi *remotis omnibus D. de his qua in testam. d. L.* probat Cæsar Ursil. *Annot. ad Decis. Afflict.* 366. n. 2.

C A P. V I.

De infamibus, Cur hoc loco; & huius cognitionis quis usus. Quid sit infamia, & quibus ex caussis iure irrogetur.

Tractationis huius locus opportunissimus. I.
Incommoda infamiæ plura quorsum hic enumerentur. II.
Infames qui. Ex eorum definitione qua rerum methodus atque ordo consurgat. III.
Infamia quid, Ea ex famæ cognitione investiganda. Quæ famæ descriptio praebetur auctori. IV.
Consurgit illa ex turpi facto, eoque notato publicis legibus. V.
Non est infamis qui non est iure notatus; etsi opinione honestorum hominum laboret huius existimatio. VI.
Idcirco ex interpretum errore nata infamia facti quam vocant. VII.
Caussarum ex quibus irrogatur infamia, tria genera, & quae. VIII.
Hac Vlpiani divisio tradita in L. palam §. pen. D. de R. N. *quomodo intelligenda.* IX.
Transitio. X.

I. Exposita sunt de advocatis cætera omnia, quæ ad cognitionem iuris de his constituti pertinere videbantur. Unum etiamnunc deest; quod quia patebat latius, & pertinebat etiam ad alias caussas, consulto in hunc locum reiecimus, ut ad reliquarum quoque partium iuris usum separatim expositum exstaret. De quo iam dicam. Id autem est, ut cognoscamus, qui sint infames; quæ quæstio etiam ad personam advocatorum constituendam pertinet. Meminisse enim debemus inter eos qui removentur a postulando, optimam partem fuisse eorum, qui sunt infames: nec præterea qui sint in hoc numero, edicto de postulando adiicitur, *L.* 1. *§. secundo loco, §. ait prætor,* 2, *D. de post.* Inducebat igitur res eam quæstionem, quinam essent isti, quos dicimus infames. Quos ob eam caussam prætor quoque ipse, ut separatim, ita sequenti & coniuncto edicto complexus est. Eaque ipsa caussa est, cur edicto *de postulando*, seu iuri & advocatis constituto subiiciatur in Pandectis titulus *De his qui notantur infamia*: in Codice titulus eiusdem argumenti, *Quibus ex caussis infamia irrogetur*, Quod cum appareat non tam recte atque ordine factum esse, quam necessario: non iam ipsa auctoritas edicti perpetui, & compositio iuris nostri, sed res ipsa a nobis evincit, ut de eo hoc loco a nobis cognoscatur.

II. Ne quis tamen solam hanc utilitatem quærat in hac cognitione de infamibus, & propter exiguam utilitatem minus sibi putet in hoc argumento laborandum, iam a principio monendi sumus longe latius patere huius cognitionis utilitatem. Habet enim infamia multo plura incommoda: ut necesse sit, cum usus inciderit, hoc idem quæri in singulis, qui sunt infames. Quæ initio breviter proponam, ut cognita huius quæstionis utilitate atque usu, libentius atque attentius in ea versemur. Infamiæ incommoda tanquam pœnæ ita sunt iure civili constituta; ut ex his quæ cæteris civibus sine distinctione conceduntur, pleraque denegentur infamibus solum hoc nomine, quod sint infames, tanquam indignis propter turpitudinem, qui ad illa admittantur. Huius generis [1] sex denegata infamibus: in quibus totidem spectantur pœnæ infamiæ & incommoda. Primum denegata potestas postulandi, seu advocationes obeundi, de qua nunc agimus, & unde nobis huius quæstionis occasio nata est. Non tamen denegata hæc potestas omnibus infamibus ad eundem modum; sed pro ea distinctione, atque iis conditionibus, quæ indicantur in *d. L.* 1. *§ secundo loco, §. removet, §. ait,* 2. *D. de post.* Secundo assidendi, seu assessoris officio fungendi ius. *L.* 2. *D. de off. ass.* Tertio accusandi potestas. *L. qui*

accu-

1) Immo plures effectus, quos scite, & plene pertractat Marq. Freher. *Lib.* 3. *de Existimat. qui est de infamia* C 24. *&* 5. *seq.* add. P. Greg. 31. *Synt* 29. *n.* 11. Et gravibus sane viris gravior iactura famæ, quam vitæ *L.* 8 *§. pen Quod met ca.* Improbis vero & levibus hominibus non æque, qui nullam fere famæ rationem habent. Unde in his sæpe levior hæc pœna reputatur *L.* 1. *§.* 7 *de off. præf. urbi L.* 35. *de iniur.* Ant. Fab. *ad L.* 1, *pr. h. t.* Iuvenal. *Sat.* 6,

. . . . *famam contempserat olim*,
Cuius apud molles levis est iactura. Et tantum abesse, ait Tiraq. *Tr. de Pœn. temperand. in Præfat. n.* 17. & Freh. *d. Lib.* 3. C. 7. *n.* 4. ut dedecorosi homines infamiam nimis expavescant, ut vel illam magnopere concupiscant, eiusque, ut Tacit. *Lib.* 11. *Annal. de Silio*, apud illos novissima voluptas est.

accusare, *D. de accus.* Quarto [2] ius adipiscendi honores aut dignitates ullas. *L. 2. C. de dig. lib. 12. L. unic. C. de infam.* Quinto auctoritas & fides testimonii, nisi omnia in testimonio tam consentanea reperiantur, ut possint motum iudicis in eo confirmare. *L. 3.* in pr. *D. de test.* Postremo ius capessendæ hereditatis ex eo testamento, in quo ipse infamis sit heres institutus fratre germano testatoris præterito. *L. fratres, C. de inoff. test.* Hæc, inquam, omnia ita sunt, ut quoniam adempta sunt infamibus, æque in singulis ut in hac parte, quærendum sit, qui sint in numero infamium, ad quos ista incommoda perveniant. Sed cum quæstio ad incommoda tam multa pertineat, cur propter unum de postulando attingitur hoc loco potius, quam in cæteris? Ideo factum est, non quod non in cæteris caussis æque opportune tractari possit, qui sint infames: sed quod primus hic locus in iudicium incidebat de advocatis, qui hanc tractationem desideraret. Ut cum de hac parte semel in communi dicendum esset, non alius fuerit opportunior locus, in quo explicaretur.

III. Deinceps igitur, qui sint Infames, cognoscamus, seu malumus [3] famosos dicere: quibus verbis nostri in eadem re utuntur. *L. furti, §. mandati, D. de his qui not. infam. §. suspectus autem remotus, Instit. de susp. tut.* Infames sunt, qui iure notantur infamia. Unde prætor de infamibus edicens, non dicit se proponere eos qui sint infames; sed eos qui infamia notantur. *L. 1.* in pr. *D. de his qui not. infa.* in quæ verba & titulus ipse conceptus est. Est enim, hic, *De his qui notantur infamia*, inscriptione definitionem seu descriptionem infamium exprimente. Et in eamdem sententiam titulus huius argumenti in Codice, *Quibus ex caussis infamia irrogetur*. Hæc per se levis descriptio, tamen hunc usum nobis præstabit, ut indicet quid hic nobis quærendum sit, quo de infamibus recte statuamus. Admonet enim nos duo ad eam rem quærenda esse. Primum quid sit infamia, unde infames: quo intellecto, etiam de illo facile statuetur, sitne infamia unius generis, an multiplex. Deinde qui ista infamia notentur; & quod idem est, quibus hæc infamia irrogetur: postquam hi soli sunt, quos dicimus infames.

IV. Infamia, quæ & nostris [4] ignominia dicitur, *L. 2. §. ignominiæ. L. quid ergo, §. pœna, D. de his qui not. infa. L. nullam, C. quib. ex caus. infa. irro.* est, ut compositio verborum indicat, famæ & nominis privatio: In, enim particula, [5] privat verbum ea re, cui adiungitur. Itaque

2) Quin & honorem quæsitum adimit *L. 8. C. de decur. L. 12. C. de dign.* Freher. *de Infam. C. 25 n. 5.* & nobilitate privat. *L. 2.* ibi *nobilis persona decore privetur. C. de sec. nupt. L. pen. in fin. pr. C. de dign. L. 3. C. ad L. Iul. de vi publ. L. 1. in fin. C. ubi Senat. vel. clar.* quoad privilegia scilicet & immunitates, non quoad onera, vid. Freher. *d. C. 25. n. 13. & seqq.* Tiraq. *de Nobil. C. 24.* A muneribus autem, quæ onus potius habent, quam dignitatem, non liberat *L. 7. §. ult. de interd. & releg. L. 12. C. de decur. L. un. C. de infamib.* vid Wes. *in Par. h. t. n. 8.* Freh. *d. C. 25. n. 9. & seqq.* Hinc & tutores, sui tamen facilius ordinis, suæque notæ hominibus dari possunt, cum tutela onus sit, non honos, Freh *d. n. 9.* Quin & tabellionis officium, infamem exercere posse, modo non de falso in officio commisso, condemnatus *L. 12. C. de suscept. præpos. Lib. 10. tit. 70.* Wes. *d. n. 8.* Freh. *d. loc. n. 10.* Quem tamen manifestarium errorem vocat Covar. *Pract. QQ. C. 19. n. 5.* cum certe exacto iudicio deligendus sit, cui auctoritas publica decernitur. Et absurdum, fidem publicam haberi turpi ac infami.

3) *L. 16. C. h. t. L. 2. C. de dign. & simil.* Sicuti & actio famosa, quæ infamat: famosa iniuria, libelli quibus fama aliena cum periculo proprie laceratur, Freh. *Lib. 1. de Gloria C. 1. n. 7.* Usurpatur tamen famosus pro homine malæ famæ, seu diffamato, vulgaris famæ prologuio, qui de crimine aliquo in suspicionem venit, etsi necdum infamis vere redditus, Freh. *de Infam. C. 3.* Quin nec in culpam semper cadit hoc verbum: ut Nigid *apud Agell. 4. Noct. 9.* sed & famosus dicitur, quacunque ratione celebris, qui omnium sermone circumfertur: sive in culpam. Sic famosi latrones *L. 28. § pen. de pæn.* qui non tantum de crebris grassaturis, & populationibus suspecti & infamati, ut videtur sentire Freh. *d. C. 3. n. 8.* Nec enim quisquam ex suspicionibus meris, licet vehementissimis condemnandus, ut ipse Freh. *ibid.* Sed quos tales esse publice, & certo constat, seu notorii, ut vulgo. Sic meretrix famosa, iniquitas famosa, hospes, pudor, luxus &c. Freh. *Lib. 1. de Gloria C. 1. n. 6.* Sive in laudem: sic Iuven. *Sat.*

Famosos equitum cum dictatore magistros,

Famosos equos, Suetonius, Famosissimam matronam, Hieronymus, dixere. Et Plinius in *Epist.* negocium claritato personæ famosum, Horatius

Famosusque lacus nomen memorabile servat.

Iac. Cruc. Bonon. *Annotat. in Papin. silvas Thesauri Critici P. 1. p. 673. & seqq.* & perpluribus aliis probat Freh. *d. C. 1. n. 8.* post Tiraq. *de Nobil. C. 2. n. 38. & seqq.*

4) Tametsi Cic. *4. de Rep.* apud Non. Marc. *de Prop. serm.* animadversionem Censoriam, ignominiam vocet. Unde tamen male Bodin. *3. de Rep. 3. n. 283.* ignominia plerosque temere pro infamia abuti, cum ea sit, quæ vulgo infamia facti, quod *d. L. 14.* itemque *L. 39. in fi. de furt. & simil. L. 2. C. & L. 20. D. h. t.* refellunt. Corn. Fronto, *Ignominia imponitur ab eo, qui animadversione potest notare. Infamia ex multorum sermone nascitur.* Unde & apparet harum vocum usum, apud auctores variare, cum infames passim legamus dici, qui male vulgo audiunt, quos aptius diffamatos vocari, Freher. *C. 1. n. 3. & 4.* Sic infamis iniuria servo fieri dicitur *L. 2. de his qui sui sur. §. 1. in fi. Inst. eod.* Locus certe Festi *Lib. 4.* a Bodino adductus: *Deprehensa castigatione maior, ignominia minor, quo tria militarium pœnarum genera constituit, eum redarguit.* Et ignominia dicta quasi sine nomine, quod honestatis nomen habere desinat, ut Isidor. *Lib. 5.* Freher. *d. C. 1. n. 6.*

5) Wes. *in Par. h. t. n. 1.* Freher. *d. C. 1. n. 1.* sic dici ἄτιμον sicuti infortunium, iniustus &c. Sed idem *Lib. 2. de Existimat. C. 10. n. 1.* mavult diminutionem dicere, quam privationem, quod fama non plane perdatur, sed quam retinet, malam nigramque habeat. Et Cassiodorus fama diminutos vocat, ac facit *L. pen. §. minuitur 2. in fi. de extr. cog.* Idem *Lib. 3. C. 4. n. 1.* cum cuius fama imminuta est, retinere famam, sed læsam & inquinatam. Sicuti, ait, relegationem passus, caput habet, sed afflictum & debilitatum.

que bene Imperatores & commode vim verbi expresserunt, cum infamiam appellant famæ damnum in *L. si furti, C. ex quib. cau. infa. irro.* Hoc damnum quid sit, sic recte intelligetur, si sciemus quid sit fama, cuius privatio infamiam adferat. Fama, cum ad personam refertur, est personæ cuiusque existimatio, quo & verbo pro eodem passim iuris auctores utuntur; ut *L. 3. §. ult. L. 4. D. de suspect. tut. L. quid ergo, §. pœna, D. de his qui not. infa.* Ita existimationis definitio (quod verbum potius est) quid sit infamia, res nimirum contraria, ostendet. *Existimatio*, auctore Callistrato, *est dignitatis illesæ status legibus ac moribus comprobatus.* L. pen. *D. de extr. cog.* Hoc paulo angustius dictum, si dignitatem proprie accipimus: quam Cicero *lib. 2. de inventione*, ita definit, ut sit *alicuius honesta, cultu & honore, & verecundia digna auctoritas.* Si existimatio nihil aliud est, nisi huius dignitatis status, nulla erit existimatio plebeiorum & infimæ sortis hominum; in quibus hanc dignitatem non inesse constat. Sunt tamen hi dum nihil turpe admittant honesta & integra existimatione, utpote non infames. Quare dignitatem paulo latius in superiore definitione accipere debemus, conditionem personæ, qua fiat, non ut quis habeatur honore & reverentia dignus; sed ne habeatur [6] indignus iis rebus aut omnibus aut plerisque, quæ civibus singulis in suo cuique ordine tribui solent; cuius generis hæc sunt; in civitate esse licere; rebus communibus uti ut communibus; fungi in ea civilibus & virilibus officiis cum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honores ordini suo convenientes capessere. Huius vero conditionis illesæ status dici possit generaliter existimatio. Sed & hoc obscurius fortasse. Sic brevius dicetur & planius. Existimatio est integra opinio de alicuius vita & moribus, cum quis ita vivit, ut nihil committat, cur non inter bonos & honestos cives habeatur. Proinde huic contraria infamia [7] est huius existimationis ob turpitudinem aliquam vitæ contractum damnum, quo fit, ut quis inter honestos & fide aut honore dignos homines non habeatur. Illud existimationis & famæ damnum, iam dixi positum esse in *L. si furti, C. ex quib. cau. infam. irrog.* Illud alterum, ut famosus inter honestos non habeatur, seu ut segregetur ab honestorum cœtu, diserte scriptum in *L. 2. C. de digni. lib. 12.*

V. Hoc existimationis & famæ damnum, & uno verbo infamiam duæ res iunctæ adferunt, quibus & ipsis efficitur, ut in quo ea sunt, is sit quem infamem & famosum dicimus: turpe aliquod factum, & iuris auctoritas id factum notantis. Principio nulla infamia, nisi ex aliqua [8] turpitudine facti. Unde infames eosdem & turpes, & turpitudine aliqua vitæ inquinatos dicimus. *L. 1. §. secundo loco, D. de postul. L. 2. C. de dig. lib. 12.* Id facilius declarabunt caussæ omnes subiectæ, ex quibus infamiam irrogari placet: quas omnes cum turpitudine aliqua facti coniunctas esse reperiemus, eamque turpitudinem ad infamiam caussam habere. Sed non omne turpe factum infamat. Id solum turpe famosum est, quod ius notat infamia; neque vero notat omnia. Proinde soli famosi & infames, qui re aliqua turpi admissa eo nomine iure notantur. Inde dictum, infames esse, qui notantur, item quibus irrogatur infamia, ut sunt tituli de hoc argumento concepti *D. & C.* A quo vero notantur; aut a quo hæc irrogatio est? ab edicto prætoris, quod notat *L. 1. D. de his qui not. infa.* item & ab aliis legibus, *L. palam, §. pen. D. de rit. nup.*

VI. Hoc eo pertinet, ut intelligamus, etsi maxime hominum etiam honestorum & gravium opinione aliquorum existimatio laboret, ut nec apud eos effugiant infamiæ notam; non tamen esse infames, ubi ius facto infamiam non irroget; ut variis exemplis indicatur in *L. ea quæ, L. verbum, L. interlocutio, C. ex quib. cau. infam. irrog. L. ob hæc verba, D. de his qui not. infam. L. 2. D. de obseq.* Sed præter cætera insigni argumento hæc sunt tria. Hominum opinione turpes habentur, nec absunt ab infamia, qui ob aliquod delictum suum ordine moti sunt, qui rele-

6) Ea hominis qualitas, qua in numero bonorum civium censeri meretur, munerum, bonorum capax, & ad actus civilis societatis gerendos idoneus; iniuria & obtrectatione indignus reputatur: sic in *L. 24. §. 1. de serv. corr. & in Col.* passim Freher. *Lib. 1. de Gloria C. 1. n. 11.*

7) Bart *in L. 1. h. t.* Læsæ dignitatis status, legibus vel moribus improbatus, & Zas. *in Par. h. t. n. 1.* ubi vox *legibus* ad iuris, vox *moribus* ad facti infamiam refert. Accurs. *in L. 1. C. h. t.* imminutio, nota, seu privatio famæ, Wes. *in Par. h. n. 1. in f.* Freher. 3. *de Inf. fam. 1. n. 2.* simpliciter diminutio famæ.

8) Sine delicto enim frustra metuitur. Nec per iniurias aut contumelias fama vere minuitur, alias iniuratione ante satisfactionem defuncto, iniuriatus infamis maneret. Unde iniuria ad infamiam fieri dicitur *L. 1. §. 2. de iniur.* infamandi caussa *L. 15. d. t. passim.* minuendæ opinionis caussa *L. 3. C. eod.* Vere autem famam non tollit, vel inquinat *d. l. 3.* Freher *Lib. 2. de Existimat. C. 10. n. 6.* ubi monet advocatos scitiores in libellis actionum iniuriarum ita ponere: conatus est, quantum in se fuit, honorem meum violare, non ita: violavit &c.

relegati sunt: & multo magis qui fustibus cæsi. Placet tamen neminem istorum infamem esse, nisi pœnam præcesserit ea caussa quæ iure notetur infamia. Declarant *L. eos*, *D. de decur*, *L. ictus*, *D. de his qui not. infam.* Nam quod Callistratus scribit in *d. L. penult. de ext. cog.* superioribus istis factis existimationem minui: sic accipiendum est, ut minuatur hominum opinione; non etiam ita, ut illa infamiam irrogent. Unde & eodem loco a Callistrato qui superiora passi sunt, distinguuntur ab iis, qui edicto perpetuo inter infames numerantur. Sed & idem aperte istos negat esse infames in *d. L. eos*, *D. de dec.* nam & id fragmentum Callistrati est. Summa sit hæc: nulli famam, & dignitatem adimi, nisi i[illegible]: nulli infamiam nisi iure irrogari; denique nihil hic facere hominum quanvis bonorum & gravium opinionem. Hominum opinione turpe & probrosum esse ob delictum relegari, flagris cædi, ordine moveri, re quidem vera nihil horum per se infamem facere. Solum hic caussam quærendam esse, & eam quæ iure notetur infamia. Iure non notante, infamiam non irrogari, nec quemquam inter infames haberi. Neque hæc de verbis quæstio est; sed de re, cuius effectus hic est, ut si quis iure infamis non est, sciamus nihil ad eum pertinere eas leges quæ sunt latæ adversus infames, nihil denique huic denegari, quod iure denegatur infamibus. Argumento est, quod Callistratus eos, qui relegati sunt, ordine moti, flagris cæsi, non ex ea caussa, quæ infamiam iure importet, ita negat esse infames, ut simul neget arceri ab honoribus; etsi aliis idoneis suppetentibus inhonestum putet istos potius eligi: hoc ille in *d. L. eos*, *D. de decur.*

VII. Quæ si ita sunt, apparet errare vulgo 9 interpretes, qui infamiæ duo genera faciunt: unum eius, quam vocant infamiam

9) Ita Accurs. Bart. & DD. *ad L. 1. h. t.* Duar. *h. t. C. 1. & 1. Disp.* 42. Baro *ad d. L.* 1. P. Greg. 31 *Synt.* 29. *n.* 7. *&* *n.* 9. Loriot. *de Iur. Art. Tr.* 7. *de Existim. Ax.* 2. *&* 3. Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 283. Beust. *ad L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 599. *& seqq.* Gœd. *ad L.* 42. *de V. S. n.* 9. Freher. *Lib.* 3. *de Infam. C.* 1. *&* 2. *& C.* 22. *etc.* P. Heig. *P.* 1. *Q.* 21. *n.* 4. *& seq.* A. Gentil. *de Actorib. fabul. C.* 14. Quæ distinctio, etsi verbis LL. non aperte prodita, commoditatis docendi gratia retineri potest, quicquid noster contra sentiat, & Niell. *Disp. feud.* 2. *Th.* 6. *lit. D.* etsi fortassis, pro genuina specierum divisione venditari non debeat. Plane definitio ab ipsomet nostro hic tradita, & huic facti ignominiæ competit. Ac licet non eosdem, quos vera iuris infamia effectus habeat, suis tamen incommodis non vacat, cum nec Donellus neget auctoritati horum testium quid detrahi, & a successione eius, qui fratrem præterit, repelli: Quin nec his portas dignitatum patere, probat *L.* 2. *C. de dign.* ubi notati, dum a famosis seiunguntur, intelliguntur infamia facti aspersi, Freher. *C.* 25. *n.* 2. Ac probabilem hanc distinctionem reddit *L. pen.* §. 1. *de extr. cogn.* Nam quod noster dicit, minui hominum opinione, hoc ipsum est quod DD. intendunt. Si enim infamia est, quæcumque existimationis minutio, & vero aliter quam iuris auctoritate minui existimatio potest, aliam quoque, quam iuris infamiam statui necesse erit; quocunque tandem nomine nuncupes. Et *L.* 2. *de obseq. par. præst.* maxime in verbis *re ipsa* quod idem est, ac facto ipso. Quæ enim re ipsa fiunt, naturalia, & facti dicuntur. Non ita inepta hæc, tum appellatio, tum oppositio, (etsi alio sensu facti ignominia in *L.* 39. *in f. de furt.* Freher. *d. C.* 22. *n.* 1.) Facti infamia, iuris ignominiæ opposita, non quod iuri illa penitus ignota, omnive iuris effectu destituta, ut male Ant. Fab. *ad L.* 4. §. 4. *h. t.* sed quod certo iure non definita, quodque LL. aut iuris aliqua parte non irrogata in mero facto, & opinione hominum, non vulgarium (ne quis cum Niello obiiciat ita finistris vulgi rumoribus, vanissimoque plebeculæ imperitæ iudicio, nec unius assis sæpe æstimando famam prostitui) sed gravium & cordatorum; illaudari a laudatis, ut scite Alb. Gentil. *de Actor. fabul. C.* 14. Eademque non ex falsa suspicione, ut quandoque fit, quæ infamatio verius diceretur, sed ex facto aliquo non dubio orta, vid. Freher. *d. C.* 22. qui regulam hanc tradit *ibid. n.* 3. *& n.* 18. *in f.* Quicquid bonis moribus adversum, & gravium virorum incorrupto iudicio dedecens existimatur, facti infamiam gignit. Hanc itaque inurunt omnia turpiter gesta, quæ si sententia secuta esset, infamiam iuris parerent *L.* 42. *de V. S.* Item quibus casibus, modisve illa vitatur, ut, si per Procuratorem litigetur, infra *C.* 8. *n.* 49. Sicuti & facta turpia, iure non notata, vid. Zas. *in Par. h. t. n.* 10. *& seq.* hac notari volens damnatos, *Quod met. ca.* ex *L. Aq. interd. Unde vi* &c. Et dici ita, quod ex sola facti improbitate oriatur, circa quam Lex nihil statuat. Sed & ea ratione *facti* dici potest, quod hæc nota nominis, & nævus honoris, ut vocatur Freher. *C.* 1 *n.* 10. in facto consistat, arg. *L.* 24. *de R. I.* id est ex circumstantiis æstimanda, nec quis ea laboret certis regulis, uti infamia iuris, doceri possit, tametsi aliquo saltem modo definiri nihil impediat. Sicuti Freher. *d. Cap.* 22. 10. casus quibus incurratur, constituit. Ea præterea, quod ne quidem in iuris, aut legislatoris auctoritate, potestateve situm, cui hæc macula sustinenda sit. Nam nec a Principe hæc tolli potest, non magis quam facta infecta reddi, Tiraq. *de Iure const. poss. P.* 3. *limit.* 7. *n.* 10. Freher. *C. alt. n.* 12. Hinc Claudius, cum cuidam notam, deprecantibus amicis, ademisset *Litura tamen*, inquit, *exstat*, Sueton. *in Claudio C.* 16. Plane gradus sunt huius ignominiæ pro gravitate, & levitate caussæ, ex quo ortum habet, factique pudore, & turpitudine, Wes. *Par. h. t. n.* 2. *in fin.* Freher. *C.* 1. *n.* 9. Vana tamen, illa Baldi distinctio, de qua Wes. *d. lo.* in eam, quæ incerto auctore nata; quæ a iudice, patre aut viro honesto; & quæ a sectæ diversitate. Prior enim vere nulla, ut scite ostendit Freher. *C.* 2. quo remitto; posterior iuris infamia; media sola huius loci. Etsi autem nonnulli viles homines, vitæ conditione his accenseant, Gom. 1. *Resol.* 12. *n.* 38. qui & lusores, ebrios, lenones hac nota inustos statuit, add. Rebuff. *in Auth. habita f.* 30. *& seqq.* Gœd. *in L.* 42. *de V. S. n.* 11 Separat tamen ab infamibus utrisque, personas humiles ac viles Freher. *C.* 24. qui nempe integra non sunt dignitate, non ex delicto, sed aut ex sordido vitæ genere, vel quæstu illiberali, in quibus & sunt ultimi negociatores, quos vocat *L.* 6. *C. de dignit.* id est propolæ, qui mercantur a negociatoribus maioribus, quod statim minutatim revendant, qui nihil proficiunt, nisi admodum mentiantur, Bodin. 3. *de Rep.* 8. *n.* 360. Cerdones, ac opifices sordidi, latrinarum purgatores, cloacarii, sandapilarii, tabernarii, nautæ, publicani, apparitores magistratuum, lictores. (de quibus accurate Lips. 1. *Elect.* 23.) Carnifices Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 285. *&* C. 8. *n.* 361. P. Greg. 31. *Synt.* 38. *n.* 5. *&* 6. qui speculatores *L.* 6. *de bon. damn.* ubi vid. not. Goth. Ræv. 3. *Coniect.* 4. Rad Forner. 6. *Rer. Quotid.* 24. Cohortales *L.* 11. *& seqq. C. de cohortalib. Lib.* 12. *tit.* 58. agitatores, vid. *C. seq N.* 1. vespillones, libitinarii; pollinctores (de quibus Goth. *ad L.* 31. *de evict. & L.* 27 §. *pen. de sol.* Ræv. *ad LL.* 12. *tab.* 15.) quos percenset Freher. *d. C.* 23 quibus an recte addat præcones *n.* 12, subdubito. Aut ob solam minutam corporis, ut Eunuchi, castrati, si recte, idem Freher. *d. C.* 23. *n.* 18. add. Andr. Laur. *Lib.* 7. *Hist. Anatom. Q.* 1. vel originis ut & spurii incestuosi &c. Freher. *d. C.* 23. *n.* 20. add. *not. supra Lib.* 6. *C* 15. *N.* 2. & olim servi, ac deditiii, & quodammodo liberti, P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *p.* 182. *& seq.* De quibus singulis plenius Freher. *d. C.* 23.

famiam facti: alterum eius, quam vocant iuris. Ut sit facti, quæ ex facto solo nascitur, posita in hominum opinione, non iuris animadversione. Iuris, quæ iure irrogatur. Si hæ infamiæ species sunt, etiam illa facti est infamia. At illam omnes leges infamiam esse diserte negant: ut *L. ictus*, *D. de his qui not. infam. C. ea quæ. L. nullam. L. interlocutio*, *L. ex quib. cau. infam. irro.* Negant præterea infamiæ legibus & pœna teneri: ut *d. L. eos*, *D. de decur.* Inde nec timorem infamiæ edicto *de eo quod metus caussa gestum est*, contineri veteres tradiderunt: sentientes infamiæ metum, quam alius minitetur [10] iustum metum non esse. *L. 7. D. quod met. cau* Non alia de caussa; quam quod infamia uniculque ius, non alienum factum irrogat, etiam si quis quid turpe aliena vi pati cogatur. Et tamen huius facti infamia interdum nominatur: quam & viri boni merito omni conatu a se depellant: ut in *L. iusta*, *D. de manum. vind.* sed [11] abusive ex hominum opinione. Alloqui huius facti metus esset iustissimus. Non est igitur hæc infamiæ species: tantumque unum infamiæ genus est, ut sit id existimationis damnum, quod iure irrogatur: quam uno verbo infamiam appellamus. Fateor & turpes personas, easque quæ turpe aliquid admiserunt, quanvis iure infames non sint, interdum a quibusdam rebus iure removeri. Ut his detrahitur testimonii fides, *L. 3. D. de test.* His a fratre institutis, licet fratri germano præterito de inofficioso fratris testamento queri. *L. fratres*, *C. de inoffic. testam.* Sed hoc eo fit, non quia aut illic fides, aut hic hereditatis capiendæ ius adempta sint infamibus: sed quia nominatim adimantur ista turpibus personis, reprehensione dignis, levis etiam notæ macula aspersis, quanvis non infamibus.

VIII. Hoc constituto, solum iure irrogari infamiam, de hoc iure nobis quærendum est. Et irrogatur iure infamia certis tantum de caussis turpitudinem aliquam habentibus. Unde titulus *C. ex quib. cau. infam. irro.* Quapropter generibus harum caussarum & partibus cognitis, infames habebimus, quos quærimus, eosdemque qui notantur infamia. Earum caussarum, ex quibus iure infamia irrogatur, tria genera sunt, quæ in edicto de infamibus licet observare. Unum genus est eorum delictorum, quæ hoc ipso notantur, quod admissa sunt. Alterum eorum, quæ notantur ita, si quis eo nomine damnatus erit. Tertium eorum, quæ notantur sive quis eo nomine damnatus erit, sive etiam pactus tantum.

IX. Quæ genera ita distinguit Ulpianus in *L. palam*, *§. penult. D. de rit. nupt.* Ut primum esse dicat id quod lex notat: secundum, quod notet sententia: ex quo tertium dici potest esse, quod notet tum sententia, tum [12] pactio. Quæ ille non ita distinguit, quasi quæ facta dicit notari sententia, non notentur etiam lege; cum diximus neminem fieri infamem nisi iure, & patebit postea ex generibus subiectis (& vero nunquam sententia faceret infamem ex aliqua caussa, nisi prius hoc ius statueret, ut qui ex ea caussa damnatus est, esset infamis. *L. 1. D. de his qui not. infam.*) sed hoc voluit, quædam esse, quæ lex notet sola, sine sententia aut pactione ulla præcedente; quædam quæ lex notet quidem; sed non prius quam si sententia de his præcesserit, quam lex confirmans adiungat etiam [13] infamiam. *L. nullam*, *C. ex quib. caus. infam. irrog.* Quod eodem modo dictum est ab Ulpiano, ut dictum est a veteribus hereditates quasdam lege seu iure legitimo deferri ab intestato, quasdam testamento. *L. 3. §. de illo*, *D. pro soc. L. 1. D. de her. pet. §. ult. Inst. per quas person. nob. obl. acq.* Non enim ne hæ quidem genera ita distinguuntur, quasi quæ testamento deferuntur & obveniunt hereditates, non deferantur lege (deferuntur enim

[10]) Immo hic metus iustus *L. 8. §. pen. d. t.* vid. *supra Lib. 15. C. 39. N. 13.* Recte vero ex facto alieno, neminem famæ labe aspergi, verum hæc facti infamia ex propria turpitudine, & pravis moribus, etsi legibus non ita notatis. Quos sequitur factum illud alienum, in quo posita est sinistra honestiorum virorum opinio, quam nec ius aut leges inhibere, & sistere possunt.

[11]) Non puto. Quidni enim periculo veræ infamiæ dominum a servo liberatum dicemus, si effecit ne damnaretur, eiusve innocentiam probavit. Certe periculum infamiæ, ibi, vitæ periculo comparatur, de quo vid. Freher. *Lib. 2. de Fama C.* 10. Gœd. *ad L.* 103. *de V. S.* Quod in personis vilibus non obtinet, ut *supra N. 5.*

[12]) Atqui nulla ibi pactionis mentio. Et alii, duo genera faciunt, Duar. *h. t. C. 2. & 1. Disp.* 42 Baro. *ad L. 1. h. t.* Zaf. *in Par. h. t. n. 2.* Freher *C. 4. n. 21.* qui ita: Quædam facta ipso iure sine caussæ cognitione infamiam inferunt; quædam sententiam iudicis requirunt: Quo facit quod qui paciscitur, confiteri intelligitur, *infra C. 8. n. 50.* Confessus autem pro condemnato est. Quod, si cui hæc ratio non satisfacit, ita bipartito poterit: Aut lex sola factum turpe notat, aut accedente alio facto; vel iudicis condemnantis, vel rei paciscentis. Aliter Wes. *Par. h. t. n. 6.* tribus modis irrogari: ipso iure, per sententiam, aut genere pœnæ, quæ citra sententiam extra ordinem imponatur.

[13]) Quæ irrogatur solo facto, Zaf. *Par. h. t. n. 2.* qui n. 25. differre ista: facti infamiam incurrere, & facto, ubi lex videlicet factum notat. Atque hanc infamiam iuris, & de iure simul vocat Beust. *in L. admonendi 31. de iureiur. n.* 584. post Castr. *in L. 3. h. t. n. 3.* quia his suapte sponte lex, dedecus adhærescere voluit, quibus nec fere aliam, quam probri pœnam infligit. Wes. *in Par. h. t. n. 6.* Freher. *C. 4. n. 23.*

enim lege & ipsæ, quia confirmantur lege, nec aliter institutiones valent. *L. lege, D. de verbor. sign.*) sed quia non deferuntur lege sola; verum ita, si testamentum præcesserit, quod lex sequatur: cum quæ deferuntur ab intestato, recte per excellentiam dicantur lege deferri, quia sola lege sine alia defuncti voluntate deferantur.

X. Quod si omnia ad hæc genera pertinentia comprehensa essent edicto de infamibus, quod extat in Pandectis sub eodem titulo; possemus contenti esse eo edicto, nec præter veterum explicationem quæ illic subiecta est, quidquam admodum desideraremus. Nunc autem neque omnia continentur edicto, quinimmo opima pars deest, neque traduntur omnia isto ordine, & est in plerisque partibus, quod etiam nunc requirat interpretationis lucem. Quare nemo mirari debebit, si dum omnes infamiæ caussas complecti volumus & diserte tradere, neque intra id edictum nos continebimus, neque eius ordine utemur.

C A P. V I I.

Qui quibus de caussis ipso facto, seu ipso iure infames fiant.

Quot caussæ, & propter has personæ sola lege notentur infamia, I. III.

Qui fœnus exercet, infamis ipso iure, *Exponitur* L. improbum cod. ex quib. cauf. irrog. infam. II.

I. Primum ergo genus earum caussarum, quæ lege sola notantur, res & caussas continet numero ad quatuordecim, ac totidem personas, quæ ex his caussis notantur infamia: quarum pars superiore edicto comprehensa est; sed maxima aliis partibus iuris, partim edictis, partim legibus, senatusconsultis, constitutionibus. Sed ex hoc genere notantur edicto in *d. L. 1. D. de his qui not. infam.* Hi autem sunt: *Qui artis ludicræ caussa in scenam [1] prodierit. Qui [2] leno-*

1) *L. 2. §. ult. h. t.* in verbis, *propter præmium*. Non ergo si gratis exercitationis, & oblectationis caossa, Baro & Anton. Fab. *ad d. L. 2. §. ult.* Rebuff. *in Auth. habita fol.* 703. fuse, contra Goth. *in d. L. 2. §. ult.* Vultran. Maur. *de iure lib. C.* 11. Alb. Gentil. *Disput. de Actoribus & spectat. fabul. non notand. C* 15. qui, de hoc argumento plenissime tractans, videatur, & Ræv. 3. *Var.* 31. P. Fab. 2. *Semestr.* 12. *pag.* 183. *& seqq.* Menoch. *Arb. C.* 69. Tiraquell. *de Nob. C.* 34. *n.* 6 *& seq.* Rud. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 29. Freher. *de infam. Cap.* 18 ubi 7. modis restringit: (1) Ut non in editoribus obtineat, sed in interlocutoribus ac scenicis, operas suas illis locare suetis. (Tametsi quidam velint histriones hos gestibus nutibus repræsentasse Comœdias, quas Comœdi recitsverint, Pollet. 2. *Hist. fori* 12 *& ibid. in Corol. Phil. Braida.* A. Gent. *d. Disput. de Act. fab. C.* 17.) (2) Nec in hic, si postquam locaverunt, eos pœnituerit *L.* 3. *h. t.* (3) Ut nec si in loco privato operam artemve suam exhibuerint. (4) In actoribus Atellanarum, quæ fabulæ iocosæ lascivia ac petulantia vacuæ, vid. Scal. 1. *Poet.* 7. P. Fab. 1. *semestr. sub fin.* A. Gent. *d. C.* 10. *p.* 67. *& seqq.* (5) Si histrio, cætera, vir spectatæ probitatis, ut Roscius. (6) Si minor *L. pen. C. h. t.* (7) Qui curam ludorum ex officio publico agit, qui ipse ludorum gratia, prodire dicitur *L.* 7. *de man. vind. &c.* Scholastici vero, qui comœdias bodie agunt, artis caussa non prodeunt, sed voluptatis & exercitamenti, A. Gent. *d. lo. C* 17. Et infames ita sunt gesticulatores, & circulatores, qui mira manuum agilitate ea exhibent, quæ simpliciores arte dæmoniaca perfici credunt, vid. Vier. *Lib.* 1. *de Præstig. dæm. C.* 18. Quos præstigiatores non satis apte vocant, cum, ut Isidor. 8. *Etymol.* 9. præstigium inde dictum sit, quod aciem oculorum præstringat, ut res, aliæ, quam sunt, appareant. Et ideo hi proprie Magi, illi, & fascinatores, vid. Gœdel. *Lib.* 1. *de Magis C.* 3. quos ipsos tamen, ut & sortilegos, & ariolos, ipso iure ac professione sua infames non ambigitur, vid. Freher. *Cap.* 19. Chironomi, funambuli &c. quorum ars schœnobatica dicta, Alb. Gent. *d. lo. C.* 17. Freher. *d. C* 18 *n.* 3 Zas. *in Par. h. t. n.* 9. accensens iis Choraules, qui ad choreas ludunt fistulis, sive aulædos, tympanistas, cytharædos. Quod in his quidem moribus nostris vix obtinet, & ut æquum sit obtinere vereor. Quia & legem civilem infamantem histriones receptam nunc non esse in usu, scribit A. Gent. *de Actorib. fabul. C.* 14. *in f.* Æquius accensebimus moriones & sannones aulicos, de quib. vid. A. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 1. *Cap.* 43. *& Lib.* 3. *C.* 46. *& seqq.* Non in eadem caussa Athletæ *L.* 4. *pr. h. t. L. un. C. de Athlet.* Quin imo in maxima existimatione habiti, Hieron. Mercurial. *Lib.* 1. *de Arte gymnast. C.* 14. Qui diversi a gladiatoribus, qui inter se capitaliter decertabant, quæstus caossa. Cic. 7. *Epist. fam.* 1. *Nunquid ego te athletas putem desiderare, qui gladiatores contempseris.* Hi enim perinde infames; uti qui operas bestiis depugnandis locabant. Nec Thymelici, id est non histriones scenici, ut Pius Anton. Bartolin. *Auctar. Cap.* 2. sic enim pugnaret Ulpianus secum ipse & cum verbis edicti: Sed Musici, qui modulos in fabularum actionibus faciebant, vid Scal. 1. *Poet.* 19. Freher. *d. Cap.* 18. *n.* 28. qui, vereor, ut recte, ea verbis *ult. d. L.* 4. *pr.* restringat ad eos, qui in certaminibus sacris, organis suis ludunt. Cum utique Musicis scenicis, illæ rerum turpium imitationes, vocum obscænitates, motuum turpitudines, gestuum fœditates, quæ in theatris fiunt, ut scribit Salvian. *Lib.* 6. *de Gubern. Dei.* ref. Freher. *d. C.* 18. *n.* 4. non ita conveniant. Neque Exustici, seu ut Zas. *in Par. h. n.* 6. & Bartolin *Auctar. C.* 3. emendant *Xystici*, qui in porticu, Græce Xysto, per hyemem sub tecto se exercent, vid. Hier. Mercurial. *Lib.* 1. *de Arte gymnast. C.* 9. *sub f.* neque agitatores, qui in ludis Circensibus, celeritate curruum certantes equos ad cursum excitabant, vid. Ræv. 5. *Var.* 14.

. . . . . *quos curriculo pulverem olympicum*
collegisse iuvat . . . .

Horat. 1. *Od.* 1. Quos licet inhonestas personas vocet *L.* 4. *C. de spectac.* non ideo tamen infames, sed viles & abiectos esse, sequitur P. Fab. 1 *Semestr.* 20. *sub. fin.* Ant. Fab. *ad d. L.* 4. *pr. h. t.* Diss. Freher. *d. C.* 18. *n.* 30. censens hos, opinione hominum, & favore populi, ast non iuris censura, infamiam effugisse. Hoc Ulpianum innuere, dum dicit: *ita omnes opinantur*, nec de se ipse affirmat, quod improbabile omnino. Omnes enim ICtos intelligit &c. diss. & Cuiac *in d. L.* 4. *C. de spectac.* antinomiam agnoscens. Nec qui aquam equis spargunt, id est cur-

• *lenocinium fecerit :* de his in *d. L.* 1. statim in pr. Deinde sub finem *: Qui eam quæ in potestate est, genero mortuo cum eum mortuum esse 3 sciret, intra id tempus, quo virum elugere moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit. Qui eam sciens uxorem duxerit non 4 iussu eius, cuius in potestate est. Qui eum quem*

est cursu incalescentes perfundunt, & refocillant vase aquario, quod Nasiterna dicebatur, Fest. *Lib.* 12. quod tres nasos, seu ansas haberet, vid. Turneb. 7. *Advers* 27. Coras. 4. *Misc.* 24. Briss. 1. *Antiq.* 10. Nec designatores *L.* 4. §. 1. *h. t.* quos ludorum quorumcunque præsides & præfectos interpretatur Budæ. *in Annot. ad Pand.* & Freher. C. 18. *in fin.* Tribuni voluptatum vocantur, *L. ult. C. Th. de scenicis*. Cassiodor. 7. *Variar.* 10. cum fama diminutis, salva opinione sua versantes. Sed designatores dictos, eos solos, qui funebribus pompis, & ludis præfuerunt, post Alex. 6. *Gen. dier.* 19. pluribus contendit Iac. Nicol. 3. *Misc. ephiphil.* 25. Sed de his satis.

a) Quod explicat *L.* 4. §. 2. *h. t. L.* 43. § 6. *de ri. nupt.* add. *L.* 2. §. 2. *& seqq. D. L.* 2. *L.* 9. *& seq. C. de adult. L.* 12. *C. de ep. aud. L. pen. & ult. C. de Spectac. Lib.* 11. *tit.* 40. Freher. C. 16. *n.* 27. *& seqq.* Quin & servus leno notatur, libertate accepta *L.* 4. §. 3. *h. t.* Etsi contra videri poterat, tum ne prius amitteret famam, quam habere cœperit, cum servus existimationem nullam habeat *L.* 7. *C. ad L. Corn. de fals.* tum quia mulieris famæ non obest quæstus in servitute factus *L.* 24. *h. t.* Sed ita placuit, sive quia gravius peccatum lenonis, quam meretricis *Nov.* 8. C. 8. cum aliis peccandi caussam præbeat, Bus. *ad d. L.* 4. §. 3. *n.* 3. Pac. 2. *Q.* 21. Sive, quæ verior ratio, quia *d. L.* 24. de muliere lenonis imperio coacta, *d.* §. 3. de servo qui volens flagitiose fecit, dum ex peculio negociaretur, Forner. 4. *Rer. Quotid.* 16. Freher. *d.* C. 16. *n.* 30. de ordinario scilicet prostituente vicarios, qui peculiares dicuntur *L.* 21. *de pecul. leg.* quia in peculio ordinariorum *L.* 7. §. 4. *de pecul.* Ræv. 5. *Variar.* 20.

3) Secus autem si pater generum mortuum nescivit, sed superare putavit *L.* 8. *h. t.* Immo dices, sic multo iustius infamis, quia filiam duobus nuptam vult, & lenocinii reus fit. Sane Freh. C. 17. *n.* 21. verbis illis *cum mortuum esse sciret*, nihil se magis, dum hæc studia tractaverit, torsisse fatetur. Resp. autem, ideo hæc duo coniunctim requiri, mortem generi, & certam scientiam soceri. Quod si alterum desit, non simplex infamia, sed graviores adulterii, bigamiæ, & lenocinii pœnæ infligendæ. Verum ita minime satisfit dubio, nec expositionem hanc admittunt verba *d. L.* 8. *ne ignorantia puniatur*. Incommodissime vero A. Fab. *ad d. L.* 8. resp. quod duobus nuptam esse non tam illicitum, quam impossibile sit §. 7. *I. de nupt.* ideoque patrem hoc casu non tam male, quam nihil agere. Pessime. Sic enim bigamis tribuetur impunitas, qui ex hoc ipso edicto infames, & directo adversatur *L.* 13. §. 4. *h. t.* Ac scitissimus est actus nullitatem non excusare a pœna, & sufficere quid factum ad pœnam, etsi de iure non teneat *L.* 18. *Cod. de adult. &c.* (a) Resp. Fab. Quid si pater putaverit non morte, sed divortio dissolutas nuptias. Male item. Verba enim generalia; ignorantiam mortis generi excusari, nec requiritur error, aut falsa opinio de divortio. Quæ nec facile probabilis. Qui diu abfuit, & peregre decessit, vivere hunc pater facile credet, nec etiam rumoribus quibusvis de morte fides habenda. At divortium, quod fictum est, fecisse generum, cum non fecerit unde error? Quid igitur! Sic coniecto forsan, aut rem acu tetigero. Maleficia, re consistunt *L.* 4. *de O. & A.* & duo coniunctim requirunt, ipsum factum malitiosum, & consilium *L. fugitivum* 225. *de V. S.* Quorum alterum si absit, maleficium verum non est. Sic enim nec fraus dicitur, aut coercetur, nisi ad fraudandi consilium ipsa fraudatio accesserit, seu nisi eo alteri nocitum. Ac tametsi conatus aliquando puniatur, consiliumque magis, quam eventus, aut exitus spectari dicatur: id tamen in atrocioribus criminibus: Nec etiam in illis solus animus, & cogitatio facinoris perpetrandi, nisi ad externum aliquod factum processerit, crimini ac pœnæ in foro civili facit obnoxium. Quare quando gener vere mortuus est, pater qui superstitem eum putat, filiam alteri copulando, lenocinium non committit: sicuti nec filia binuba efficitur. Tametsi namque in illo lenonius, in hac meretricius, aut adulterinus animus non desit: effectus tamen deest. Neque hoc facto, iunctione filiæ novo marito, leges de bigamis coercendis ulla ratione læduntur, illisve vis, aut fraus fit. Planius: Huiusmodi delictum, & ad formam suam animum dolosum, & ad materiam ipsam, rem seu factum exigit. Quæ nisi utraque adsint, non committitur. Ex assumpto enim actu intelligi oportet, non sola animi propositione (*d. L.* 225. Sic quippe, nec quæ ignorans alienum virum experitur, suum probabili errore putans, ut Alcumena apud Plaut. *in Amphitr.* vid. Alb. Gent. 6. *de Nupt.* 12. Nec quæ suum, alienum existimans, & exspectans, adultera ex iuris civilis ratione (aliud enim posteriore hoc casu iure divino, & in foro poli obtinere non invitus dedero) dici potest: illic forma; hic materia delicti deficiente. Proinde, & in proposito, nec polygamiam procurat parens, qui filiam alteri locat, priorem maritum falso obiisse persuasus, nec qui superstitem eundem, dum vere obiit, pari errore credit, ut in *L.* 8. Priori casu animo delinquendi: posteriori, re ipsa ac facto cessante. Ex quibus liquere potest, parentem, in *d. L.* 8. nuptui filiam tradentem secundo, nondum comperto primi obitu, nec in caput illud edicti, quod immaturas, neque in alterum quod iteratas, superstite priore viro nuptias filiæ procurantem notat, impingere, itaque famam illi servari. Non in illud, deficiente voluntate, quia nuptias secundas parando filiæ, ne cogitavit quidem de legibus illis, quæ luctus tempus, nuptiis iteratis præverti vetant, violandis: cum ignoraverit posse iam in persona filiæ illis locum fieri, adeoque ignoti nulla cupido sit. Quomodo perquam conveniens ratio Ulpiani *ne ignorantia puniatur*. Non in hoc; impediente rei ipsius natura, & conditione, seu deficiente facto ipso, ac delicti materia. Atqui in edicto factum notari, atque ita non nudam animi destinationem, & propositum, dicitur *L.* 13. §. 4. *h. t.* Nec obstat *L.* 1. §. 6. *de postul.* Quia ibi subest factum, & materia delicti, ipsa scilicet locatio, ut notavi *supra O.* 3. *N.* 20. Quo se, secuta pœnitentia, non exuit. Hic autem factum filiæ nubentis, & patris nuptui locantis, in nullius delicti speciem cadunt. Cæterum ipsaque mulier luctus religionem viro priori non præstans, labem pudoris edicto contrahit, *L.* 11. *C. h. t.* etsi non ex verbis edicti in *L.* 1. *pr. h. t.* relatis, at certe ex sententia *L.* 1. *&* 2. *C. de sec. nupt. L.* 4. *C. ad SC. Tertyl. Nov.* 22. *C.* 22. *L.* 15. §. 3. vers. *si quis D. h. t.* qui male Triboniano assignatur ab Ant. Fab. quia, ait, IC. dixisset *si qua :* sed resp. ex C. 5. *de V. S.* Deinde inepta, ait Faber, illatio, cum in prioribus potius ratio dubitandi, quam decidendi. Resp. Postquam in prioribus traditum, quinam lugeri debeant, & quæ exceptiones; non inepte subnectitur regula, quæ scilicet locum habeat extra casus exceptos. Itemque quæ intra idem tempus incontinenter, vel luxuriose vixit, Iob de Garonis *de Pœn secundo nubent. n.* 8. Tempus vero luctus legitimum, olim decem menses, Ovid. 1. *Fast.* Plutar. *in Antonio*, qui annus Romuli, Macrob. 2. *Saturn.* 12. Solin. *Polyhist.* C. 3. Duo vero menses primum adiecti *L.* 2. *C. de sec. nupt.* Et loci itaque Liv. *Lib.* 1. Senecæ *Epist.* 65. qui annum fœminis ad lugendum constituisse maiores scribit, de anno decimestri exponendi. Nam idem Seneca *Lib. de Consol.* Maiores 10. mensium spatium lugentibus viros dederunt, vid. Cuiac. *de Præscript.* C. 3. Ræv. 5. *Var.* 20. Goth. *ad d. L.* 2. Forst. 7. *de Success* 9. Si vero divortio solutum matrimonium, poterat statim alii nubere, nisi prægnans esset, vid. Cuiac. *de Præscript.* C. 20. *&* 6. *Obs.* 32. ut & si vir ex iis, qui lugeri non solent, si intra legitimum tempus peperit *L.* 11. §. 2. *h. t.* Alias vero lugendus maritus, etsi nec prægnans sit, cum plures sint prohibitionis caussæ, vid. Freher. C. 17. *n.* 13. *& seqq.* Qui autem lugeri non soleant, docet *d. L.* 11. §. 3. ad cuius explicationem adi P. Fab. 2. *Semestr.* 9. Iac. Durant. Casell. 2. *Variar.* 3. Freher. *d. C.* 17. *n.* 6. Ius Canonicum ab hoc iure recessit.

4) Hic enim excusatur *L.* 11. §. *ult. h. t.* ubi ratio. Neque enim hic casus, ex iis quæ atrocitatem facinoris in se habent, in quibus iussus superioris non excusat *L.* 157. *de R. I. L.* 20. *de O. & A.* A. Fab. *ad d.* §. *ult.* Freher. *Cap.* 17. *n.* 24. etsi potestate liberatus retinuerit *L.* 12. *h. t.* Neque enim hic tam vitium in ipso matrimonio, quam temporis festinatione, quod ipso cursu temporis purgatum, A. Fab. *ad d. L.* 12. Freh. *d. C.* 7. *n.* 25. Nam nec huiusmodi nuptiæ, etsi festinatio puniatur, rescinduntur, Don. *supra Lib.* 13. C. 19. *n.* 24. Sc. Gent. *de Sec. nupt. C.* 18. Alia caussa est incestarum *L.* 4. *C. de inc. nupt.* quia ibi vitium perpetuum. Obiic. *L.* 66. *in fi. pr. de rit. nupt.* ubi si tu-

quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum, uxorem ducere [5] *passus fuerit. Qui suo nomine non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore* [6] *constitutas habuerit*. De his in *d. L.* 1. in clausula, *Qui eam quæ* usque ad finem edicti. *D. de his qui notant. infam.* quæ diligenter ab Ulpiano exposita leguntur sub eodem titulo in Pandectis eodem ordine, quo comprehensa sunt edicto. Octo aliis partibus iuris ex suis caussis notati. In quibus hi sunt: *Qui muliebria passus erit. Qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret,* [7] *locaverit*. De quibus est in *L.* 1. *§. secundo loco*, & *§. removet*, *D. de post.* Quæ [8] palam corpore suo quæstum fecerit. Quæ in adulterio [9] deprehensa erit. Hæ notatæ lege Iulia de adulteriis, quæ pars explicatur in *L. palam*, in princip. *§.* 1. *§. penult. & ultim. D. de rit. nupt.* Qui sequuntur, notati constitutionibus. Qui venere præpostera se polluerit: ex *L.* [10] *cum vir, C. ad legem Iul. de adulter.* Qui fœnus improbum exercuerit: cautum in *L. improbum, C. ex quib. caus. infam. irrog.* Est autem improbum fœnus, ubi usurarum nomine amplius exigitur, quam per modum legibus constitutum licet: de quo modo est in *L. eos, §.* 1. *C. de usur.*

II. Videndum tamen, ne qui fœnus tale exercet, non ipso iure fiat infamis, de quo genere nunc agimus; sed potius sententia, si videlicet fœnus exercuisse iudicatus erit. Sic enim constitutionis illius Diocletiani & Maximiani verba sunt: *Improbum fænus exercentibus, & usuras usurarum illicite exigentibus infamiæ macula irroganda est.* Non ergo Imperatores irrogant infamiam, dixerit aliquis, sed volunt postea esse irrogandam: quod quidem extra principem ab alio fieri non potest, quam a iudice, qui sententia sua infamiam irrogabit. Sed quominus ita interpretemur, duo prohibent. Primum quod lex infamiam irrogari vult, non iudicatis, damnatisve eo nomine, sed fœnus exercentibus. Deinde quod nulla actio esse potest de improbo fœnere adversus fœneratorem, ex qua ille eo nomine damnetur, quæ quidem

si tutor, vel curator pupillam filio iungat, uterque infamatur, etsi filius in potestate. Freh. & A. Fab. *dd. lo. resp.* ideo ibi aliud, quia matrimonium illud legibus vetitum, & per se nullum. Atqui adhuc obstat ratio *d. L.* 11. *§. ult. h. t.* quæ generalis. Quare melius idem Faber 1. *Iurispr.* 4. *Princ.* 1. *ill.* 11. *p.* 349. exponit. Uterque, id est non pater & filius, sed, tutor, & curator. Ac ratio cur pater ibi infamis: quia nempe habetur pro confesso, & iudicato, in caussa tutelæ infamante *L.* 7. *Cod. de interd. matrim.* non habet locum in filio, qui nec condemnari potest vivo patre, nec mortuo, nisi ut heres alieno nomine, qui infamis non fit. Cæterum & luxuriose vivens cum huiusmodi muliere, infamis, Ioh. de Garonis *de Pœn. sec. nubent. n.* 28. *& seq.*

5 *L.* 11. *§. ult. h. t.* etsi non iusserit, sed tacite permiserit, nec contradixerit. Nam qui patitur quod prohibere potest, facere ipse videtur *L.* 13. *§.* 1. *h. t. L.* 3. *de nox. act. & sim.* A. Fab. *ad d. L. §. ult.* Freh. *C.* 17. *n.* 26. *& seq.* ubi, hoc casu ipsumque filium infamari, docet, cum non habeat in quem culpam conferat. Secus, si ratum habuerit *L.* 13. *h. t.* quia comprobatur id, quod mutari nequit. Idem esse si filium in concubinatu collocat, Garron. *d. lo. p.* 243.

6) *L.* 13. *§.* 1. *& seq. h. tit. L.* 18. *C. de adult.* etsi coniunctio corporum non secuta *Nov. Elect. Sax.* 20. *P.* 4. vid. Freher. *C.* 17. *n.* 29. *& seqq.* add. *supra Lib.* 13. *C.* 19. *N.* 14. Idem esse, si uxori pellicem superinduxerit, Freher. *d. C.* 17. *n.* 34. Iohan. de Garonis *de Pœn. secunde nubent. n.* 28. *pag.* 237. aliud vero, si duas concubinas simul habuerit, etsi & hoc vetitum *Nov.* 89. *C.* 12. *§.* 5. non tamen hac pœna adiecta.

7) De quibus *supra C.* 3. *n* 12. vers. *Quarto* Atque hos arenarios, & venatores vocabant, Freher. *C.* 18. *n.* 16. *& seqq.* De quibus exaudiendum, quod in *C.* 9. *Dist.* 86. Venatorum ars nequissima dicitur, ut Georg. Mor. *de Iure venandi P.* 1. *C.* 1. *n.* 39. Gail. 2. *Observat.* 68. *n.* 8. Menoch. *Arb. Cas.* 413.

8) Id est publice passim, ac sine delectu *d. L.* 43. *§.* 1. Quæ meretrices, a merendo, ac a Plauto se vendere dicuntur, vid. *not. Lib.* 2. *C.* 9. *N.* 15. Et fornicariæ *C.* 4. *& seqq. de vita & honest. cler.* a fornicibus, sub quibus prostare solebant, Forner. 1. *Rer. Quotid.* 22. extra mœnia urbis, unde subinœnianas uxores vocat Martial. *Lib.* 8. P. Greg. 10. *Synt.* 2. *n.* 38. & productæ Pithœ. 2. *Advers. Subsec.* 17. Quæ & impudicitiam antiquitus apud ædiles profitebantur, Tacit. *Lib.* 2. Cuiac. 1. *in Nov.* 14. habituque ac vestitu diverso a matronali utebantur, vid. *L.* 4. *C. de Episc. aud.* Briss. 1. *Antiq.* 4. & Goth. *ad L.* 15. *§.* 15. *de iniur.* Neque has excusat paupertas *d. L.* 43. *§.* 5. ad quod vid. Foppius. ab Æzema 2. *Differt.* 13. Nec pœnitentia famæ restituit *d. L.* 43. *§.* 4. vid. tamen *L.* 23. *C. de Nupt.* Idem si sine quæstu, modo palam *d. L.* 43. *§.* 3. Quis enim integram famam asseret Messalinæ illi meretrici augustæ, quam graphice depingit Iuvenal. *Sat.* 6. Non autem si cum uno & altero, etsi pecunia accepta *d. L.* 43. *§.* 4. Devium scortum ut Horat. 2. *Carm.* 11. non prostitutum in propatulo omnium libidini, sed honestius, minusque vulgare, Turneb. 13. *Advers.* 19. Sicuti nec meretrix dici potest, quæ amoris vi subacta, copiam sui amanti fecit, Menoch. *Arb. Cap.* 326. Freher. *Cap.* 16. *n.* 18. Gœd. *ad L.* 33. *de V. S. n.* 9. Sic Clitipho apud Terent. *Heaut.* 4. *Sc.* 1. Antiphilam, quæ se Cliniæ, sed soli dederat, ignaram artis meretriciæ vocat, vid. tamen Vinc. Caroc. *Decis.* 124. Plura de his P. Greg. 10. *Synt.* 2. Freher. *d. C.* 16. *n.* 11. *& seqq. & Lib.* 2. *de Fama C.* 11.

9) Etsi iudicio absoluta sit *L.* 43. *§.* 12. *h. t.* ubi male omnino Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 283. notam interpretatur, facti ignominiam, nam ratio ibi addita: quia *factum lex notat*; plane pugnat. Aliud in viro adultero, qui non infamis ante sententiam *L.* 2. *§.* 3. *h. t. L.* 14. *de testib.* Ludov. Rom. *Singul.* 825. Freher. *C.* 16. *n.* 1. *& n.* 6. quia maior castitas, secundum mores etiam hominum, exigitur in fœmina, multoque fœdius & sceleratius adulterium uxoris, quam viri, Alb. Gentil. 1. *de Nupt.* 5. Tiraquell. *L. Connub.* 1. *n.* 45. Libor. a Bodenstein *Disp. de Iure divortii &c.* Excipitur nisi per vim compressa sit *L.* 20. *C. de adult.* vid. Freher. *d. Cap.* 16. *n.* 7.

10) De qua vid. *supra Cap.* 3. *N.* 22. Iac. Durant. Casell. 1. *Variar.* 1. P. Greg. 9. *Synt.* 2. Ex verbis autem *d. L.* 31. *quive futuri*, colligit A. Fab. *ad L.* 1. *§.* 6. *de postul.* etiam eos, qui attentant delictum, nec perficiunt, notari, etsi id extra crimen maiestatis nullibi statutum sit. Confer. Gail. 1. *de Pa. publ.* 14. *n.* 26. Convenit vero hæc caussa cum superiore (7: nisi quod hæc utrosque agentes, & patientes complectitur, illa patientes solos. Quos & speciali quodam significatu infames dici, ostendit Freher. *Cap.* 16. *n.* 24. uti & crimen illatum infamia, infamis iniuria, item impudicitia, Senecn *Lib.* 4. *Declam. Impudicitia in ingenuo crimen, in servo necessitas, in liberto officium.* Impudicitia enim, vere in patiendo, Turneb *in Explic. loc. Cic. fol.* 209. Spartæ quoque, qui polluit puerum, infamis per omnem vitam, Plutarch. *in Lacon. Instit. f. m.* 213.

dem [11] infamiam in se admittat. Nam adversus eum, qui contra leges fœnus a nobis accepit, aut accepit usuras usurarum, nulla nobis competit actio, nisi ad repetendum id, quod illicite exactum est. Quam ad rem competit solum condictio vel indebiti, vel ob turpem caussam, vel sine caussa. Quæcunque autem hæc futura est, certi iuris est in ea cessare infamiam, etiamsi condictio ex famosa caussa pendeat. *L. cessat, D. de obl. & act.* Restat igitur, ut fœnus improbum exercens ipso iure fiat infamis, qui sententia infamis fieri non potest. Et quod in rescripto dicitur, infamia irroganda est, sic accipi debet, iure meritoque irroganda est. At a quibus? A nobis videlicet, qui loquimur. Loquuntur autem Imperatores. Et quoniam a se hanc irrogari volunt, etiam tum irrogasse existimandi sunt; ut voluntas principum ubique pro iure habeatur. *L. 1. D. de const. princ.*

III. Adde superioribus, eum, qui maior annis vigintiquinque contra pactionem [12] iureiurando firmatam agere conatus erit; ex *L. si quis maior, C. de transf.* Item qui fidei Catholicæ & Apostolicæ symbolis Apostolicis comprehensæ obstinate adversabitur: cuius generis sunt soli, quos pura antiquitas & piæ constitutiones hæreticos vocant. Notat *L. 1. C. de sum. Trinit. & fid. cathol.* ubi iubentur [13] hæreti-

11) Ita & per has rationes Freher. *Cap.* 20. *n.* 3. & consent. Molinæ. *de Usur. n.* 614. Mathesilan. *Singul.* 49. Beust. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 590 Covar. 3. *Var. Resol* 3. *n.* 2. dissent. Cuiac. 9. *Obs.* 28. scribens lege proditam esse, actionem de usura famosam *d. L.* 20. Bocer. *in Disquisit de L. 2. stellion post. Tract. de Crim. læs. maiest. p.* 239. Infamia autem hic etiam post restitutionem, & actam pœnitentiam, Freher. *d. Cap.* 20. *n.* 5. Ignat. Lopez. *pract. crimin. Canon. Cap.* 92. *n.* 1. per ea quæ *C. seq. sub fin. N.* 45. Etsi post Bald. dissent. Catellia. Cotta *in Memoralibus v. Usurarii.* Quid sit, & unde probetur usurarius manifestus, vid. Menoch. *Arb Cas.* 235 Covar. 3. *Var. Resol.* 3 *n.* 4. Gutier. *Lib.* 2. *Canon. QQ. Cap.* 19. Adr. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 5. *n.* 50. *& seqq.* Usurariis adiungit Freher. *d. Cap.* 20. *n.* 7. Dardanarios, flagellatores scilicet annonæ, qui eam incendunt ac excandefaciunt, ut Varro, seu vexant, vastant, & gravantur, ut Lampr. *in Commodo & Severo*, vid. Cuiac. 10. *Obs.* 19. Phil. Broidæ. *in Coroll. ad Pollet. Hist. fori Lib.* 1. *Cap.* 1. *num.* 1.

12) Non item in alio periuro, Don. *ad d. L.* 41. *n.* 2. etsi DD. contra Beust. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 590. de quo forte *infra Lib.* 24. *Cap.* 9. *de Iureiur.*

13) Id est omnes non orthodoxi *L.* 22. *Cod. de heret. L. ultim. Cod. Ne Christ. mancip. Iude.* si tamen hi nomen Christianorum sibi imposuerunt *Novell.* 109. *in fin. pr.* Neque enim vere hæretici Iudæi, & pagani, qui in ecclesia nunquam fuerunt, Wes. *Par. Cod. de heret. n.* 4. nec apostatæ, qui in totum a fide, & professione Christiana descivererunt. Et, ut *L.* 3. *Cod. de heret. L.* 28. *Cod. Th. eod.* sunt *qui vel levi argumento, a iudicio catholica religionis deviare detecti.* Ubi leve argumentum opinionis significatur, non probationis, Wes. *d. lo. n.* 1. Seu qui errorem in articulo fidei uno, vel pluribus animo conceptum, præfracte fovent & defendunt. Nam verba sunt Augustini Epistola 162. *Qui sententiam suam, quantumvis falsam, & perversam nulla pertinaci animositate defendunt, præsertim, quam non audacia præsumptionis suæ pepererunt, sed a seductis, atque in errorem lapsis parentibus, acceperunt, quærunt autem cauta solicitudine, veritatem, corrigi parati, cum invenerunt, nequaquam sunt inter hæreticos deputandi*, vid. *Rom.* 14. *v.* 13. *Galat.* 5. *v.* 22. 2. *Timoth.* 2. *in fin. Tit.* 3. *v.* 10. *&* 11. *&c.* Excommunicatione vero iuste separantur a veris veræ ecclesiæ membris. Neque sic ulla eis fit iniuria. Sunt enim *αὐτοκατάκριτοι*, *Tit.* 3. *v.* 10. Separationisque ipsi auctores, hanc in se ipsos ferunt sententiam, dum dissentanea se docere, non infitentur. Eadem infamia affecti Iudæi, arg. *L. ult. Cod. de Iuda. Cap. pen. extra eod.* maxime cum & fere, fœneratores sint manifesti, Freher. *Cap.* 19. *n.* 7. *&* 8. & locus Quint. *Lib.* 3. *Cap.* 9. iam olim apud Romanos hanc gentem famosam fuisse, arguat. Covar. *in Clem. si furiosus de homicid. P.* 1. *§.* 2. *n.* 8. *sub fin.* Contra tamen videtur argum. *L.* 3. *§. ult. D. de decur.* etsi enim ibi Christianam religionem ab Ulpiano per Iudaicam superstitionem notari, censeat Alc. 3. *Disp.* 8. & Tiraq. *de Iure primigen. Q.* 66. *n.* 2. Leges tamen Pandectarum omnes ea persona Iustiniani accipiendæ. Ac iure imo veteri Iudæos, nec sub Christianis Imperatoribus infames habitos fuisse, convincit totus *tit. Cod. Theod. de Iuda. Lib.* 16. *tit.* 8. & in eo, perplures leges, quæ a contumeliis, & iniuriis Iudæos vindicant. Quin & Patriarchæ eorum illustres vocantur *L.* 11. *d. t.* Et diserte *L.* 24 *d. t.* interdictam militiam Iudæis, pro nota æstimari non debere, ac eadem lege exercendæ advocationis ius, illis tribuitur. Sed & collegia Iudæorum iure non improbata, statuit Cuiac. 7. *Obs.* 30. & probat *L.* 9. *Cod. Theod. de Iuda.* etsi dissent. Brisson. 1. *Antiq.* 14. Tandem *Novell. Theod.* 3. unde desumpta est *L. ult. Cod. de Iuda.* omnis ad honores aditus Iudæis præclusus. Exindeque infamia illis inusta videtur. Sicuti crebrior opinio est *d. L.* 3. *§. ult. de decur.* per *d. L. ult.* abrogatam esse, Covar. *d. §.* 2. *in. fin.* Et idolorum cultores seu pagani argum. *t. t. Cod. de Pagan.* ita dicti, quod qui in pagis ruri morarentur, tardius fide Christiana imbuti, retinentiores, ceu rudes & imperiti, priscæ superstitionis, Connan. 9. *Comm.* 5. *n.* 2. Qui & Gentiles, quia in gentilium, id est, maiorum suorum fide perstiterunt, nec religionis cultum mutarunt, Nicol. Perot. *Cornucop. in* 3. *Martial. Epigr. pag. mihi* 329. Sed & his, melioris sententiæ factis nota eluitur. Tametsi Neophytos, (sic vocant a superstitione Iudaica, ethnica, vel hodie Mahumetica, ad religionem Christianam conversos, nuperos militiæ Christianæ tyrones) ad sacros ordines non recipiendos, nec etiam ad secularia omnino officia statuant, de quo Cov. *d. lo n.* 8. Lopez. *Pract crimin Canon. Cap.* 22. Addit his Blasphematores Freher. post alios *d Cap.* 19. *n.* 9. Confer. *Novell. Elect. Sax.* 1. *P.* 4. *& ibi* Moll. ac de triplici blasphemiæ genere. Minus Celsus *d. Tract. de Heret. cap. supplic. non affic. Sect.* 3. *pag.* 164. Sunt alii ipso facto infamiam incurrentes, & hic omissi, ut Decurio, qui Procurationem suscepit *L.* 34. *Cod. de decur.* advocationem præstans, vel intercedens pro reo perduellionis *L.* 5. *§.* 2. *Cod. ad L. Iul. maiest.* Incestuosi & omnes eis consentientes *C. consanguineorum* 4. *Cap.* 3. *Q.* 4. id est probantes, & patrocinantes, Beust *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n* 590 Qui scholaribus iniuriam infert, vel repræsaliis contra eos utitur, item magistratus, qui id vindicare negligit *ex Auth. habita Cod. Ne fil. pro patre.* Supplicans contra sententiam, quam licita provocatione non suspendit *L. ultim. Cod. Ut li. pend.* Rescriptum Principis contra eos qui impetrarunt cavillose interpretans, aliove rescripto (quod obreptitium præsumitur) impetrato impugnans *L.* 2. *Cod. de LL.* Item supplicans pro rescripto, ut transire formam statutorum liceat *L. un. C. de Senatusconsultis*, quod explicat Freher. *C.* 12. *n.* 15. Tabellio, qui contractus vetiti, veluti alienationis feudi, aut rerum ecclesiæ instrumenta sciens confecit *L.* 14. *§.* 3. *& seq. Cod. de SS. Eccles. C. imperialem pr.* vers. *callidis de prohib. feud. alien. per Frid.* 2. *F.* 55. Beust. *d. n.* 590. Qui adversus patres armantur *C. omnes* 13. *Cap.* 3. *Q.* 5. id est convitia, aut verbera ingerunt, Beust. *d. loc.* si modo de eo vere constet. Non si pater testamento filium increpaverit *L.* 13. *Cod h. t.* Quin nec exheredationem vere infamare statuo, etsi caussa in ea expressa, quæ famosa, nisi de eiusdem veritate aliunde insuper liqueat, si ea ita sit, quæ iure ipso notant, vel nisi exinde condemnatus sit ex aliis. Neque enim eo ipso, quod non contra iudicium patris venit filius, aut si querelam inofficiosi intra quinquennium non intentaverit; omnia fateri censendus est. Dissent. quodammodo Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 20. *n.* 22. Denique sic infames histriones, qui falso sibi nomina magistrorum usurpant *L. un. pr. Cod. de stud. liberal. urb. Roma Lib.* 11. *tit.* 18.

Postic-

retici, quos dixi, & quos constitutio nominatim designat, hæretici dogmatis infamiam sustinere.

Postremo decoctores infames post proscriptionem & venditionem bonorum sub hasta, Cic. *pro Quintio. Ergo hercule cuius bona ex edicto possidentur, huius omnis fama, & existimatio, cum bonis omnibus possidetur &c.* & paulo post: *De quo præconis vox prædicat, & pretium conficit, huic acerbissimum vivo, videntique funus ducitur.* Tertull. *in Apolog. Cap.* 3. ref. Cont. 2. *Lect.* 18. *Sed & iudicatos in partes secari, leges erant. Consensu tamen publico crudelitas erasa est, & in pudoris notam, capitis pœna conversa est, bonorum adhibita proscriptione. Suffundere maluit hominis sanguinem* (id est, ruborem inducere) *quam effundere.* Huic tamen rei subventum, remedio cessionis bonorum lege Iulia, quæ Cæsari accepto fertur. Qua si utatur debitor, iuris infamia cessat, licet ex ea caussa bona venierint *L.* 11. *C. h. t. L. ult. C. Qui bon. ced.* quia venditio illa non fit, ipsis invitis, Cuiac. *in Nov.* 135. etsi non careat ea res suggillatione, & ita infamia facti maneat *d. Nov.* 135. *&* *Nov.* 4. Cuiac. *d. loc.* Frcher. *de Infam. Cap.* 10. *n.* 16. Ant. Fab. 1. *Iurisp.* 6. *Princ.* 4. *Ill.* 4. Quod si debitor uti eo frustrandi animo recuset, iuri antiquo & ignominiosæ venditioni rursus locus. Itaque adhuc famosum reddit distractio, quæ fit latitante, vel invito debitore *§.* 1. *in fin. l. Quib. ex ca. man. non lic.* Cont. 2. *Subsec. Lect.* 18.

C A P. VIII.

Quibus ex caussis quis notetur sententia iudicis; seu tum cum ex his caussis damnatus est.

Graviore irrogata pœna remittitur: quasi negotio de existimatione sententia transacte. XXXIII.
Contrariis occurritur. XXXIV. XXXV. XXXVI.
Leviore *infamia aliquando remittitur; aliquando secus. Qua res distinctione temperetur, & leges inter se concilientur.* XXXVII. XXXVIII. XXXIX. XL.
Insigne huius distinctionis exemplum. XLI.
Ad illam & actiones famosas ex consensu excepta de dolo *revocari.* XLII.
Item graviora crimina, & quatenus. XLIII.
Illi tamen obstat L. etsi 3. C. ex quib. cauſ. Infam. irrog. XLIV.
Accursii & Bartoli interpretatio & distinctio improbatur. XLV.
Alia d. L. etsi *expeditior interpretatio. Et obiectorum facta solutio.* XLVI. XLVII.
Quot aliis modis vitetur infamia; & qui nam sint. XLIX.
Qui de crimine quocumque pacifcitur, capitali excepto, infamia notatur. L.
Quando pacifcatur reus de crimine cum infamia, aut contra. LI.
Infamia perpetua, nisi principis restitutio hanc aboleat. LII.
Num idem valeat principis indulgentia. Quid de Magistratus restitutione. LIII.

I. ALterum genus quod eſt earum cauſſarum, & propter cauſſas earum perſonarum, quæ notantur ſententia, totum iudiciis diſtinguitur, id eſt actionibus iis, quæ de quoque facto conſtitutæ ſunt. Ut enim facta ſunt de quibus agitur; ita quædam iudicia famoſa ſunt, id eſt ita conſtituta, ut ſi quis his iudiciis ſit damnatus, fiat infamis: quædam non famoſa. Utrum autem horum ſit, ex generibus iudiciorum æſtimandum eſt. Iudiciorum quædam civilia ſunt, ſeu privata & pecuniaria: quædam criminalia; comparata ſolum ad vindictam criminis, non damni alicuius privati perſecutionem. Civilia & pecuniaria partim ex delicto, ut furti, vi bonorum raptorum: quædam ex contractu aut quaſi contractu; ut pro ſocio, tutelæ. Criminalium item quædam ſunt publica, quædam non publica. Hæc omnia genera ita ſunt iure civili, ut in ſingulis certa quædam ſint [1] famoſa, id eſt, in quibus ſententia infamem faciat, cætera non famoſa. Itaque qui per ſingula hæc genera ordine iverit, & conſtituerit in unoquoque, quæ ſint famoſa, is facile & ſine ullo errore quæ ſint famoſa cognoverit. Quem & ordinem nunc ſequar: ordiarque a civilibus ideo, quod ab his criminalium diiudicatio cum de horum infamia quæritur, pendet: ut in eo genere patebit.

II. Civilia & pecuniaria iudicia ex delicto famoſa ſunt ſeptem: ex quibus quatuor comprehenſa ſunt edicto de infamibus; reliqua tria aliis locis notantur. Quatuor illa priora ſunt, [2] furti, vi bonorum raptorum, [3] iniuriarum, de dolo & fraude;

1) Quam infamiam iuris tantum, ſeu de iure tantum vocat Beuſt. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 591. Pœna autem hæc legis eſt, ſine opera iudicis, & ſequitur per ſe infamia damnatum, etſi ſententia in bona feratur, ac etſi de facto tantum iudex pronunciet *L.* 5. *L.* 12. *C. h. t.* Freher. *Cap.* 5. *n.* 21. *&* *Cap* 9. *n.* 7. licet non ſine ſententia, locus ſit pœnæ legis, Sc. Gentil. *1. de iurisdict.* 34. Sola vero actio hic non infamat, nec etiam citatio. Nec abſentis, vel latitantis evocatio, in civilibus: quæ tamen in criminalibus exiſtimationem lædit *L. ult. C. de requir. reis.* ubi DD. Freher. *Cap.* 8. *n.* 4. *&* 5.

2) *L.* 4. *§. ult. L.* 6. *pr. D. L.* 8. *C. h. t. L.* 7. *de publ. iudic. L.* 63. *de furt.* § 2. *Inſt. de pœn. temer. litig.* quocunque genere ſente tiæ damnatus ſit 2. *Sentent.* Pauli 31. §. 15. item is apud quem inficiantem, res furtiva deprehenſa, niſi ignorans receperit *L.* 8. *C. h. tit* vid. Zaſ. 2. *intell. Singul.* 1. Freher. *Cap.* 9. *n.* 9. qui *&* *n.* 9. docet idem in eo, qui ſciens a fure emit, per *L.* 5. *C. de furt.* Quid in Condictione furtiva & actione rerum amotarum? Cuiac. *in Par. C. de cond. furt* & hæc iudicia famoſa ſtatuit, tum quod delictorum omnium finis ſit infamia, tum per *L.* 2. *C. Rer. amot.* Quem refellit Forn. 2. *Rer. Quotid.* 24 per *L.* 36. *de O. & A.* & auctoritate Stephani *Lib* 60. *Baſilic. tit.* 10. item, per textum expreſſum *L.* 2. *D. Rer. amot.* Et delictorum, ait, comes infamia, ſi ipſa proſequamur, non ſi rem. Aſt imo Cuiacio plane negandum eſt illud axioma, ſi infamiam iuris intelligit. Certa enim delicta, ſpecialiter Prætoris edictum notat. Cui bono, ſi hoc omnium delictorum commune. Quis vero dicet, damnatum lege Aquilia famam perdere? Ad *d. L.* 2. *Rer. amot.* reſp. Fornerius per famoſam actionem ibi intelligi furti iudicium. Certe nihil quidquam pro Cuiacio ea lex facit. Quæ enim conſecutio. Conſtante matrimonio neque pœnalis, neque famoſa actio. Ergo dirempto eo, & pœnalis, & famoſa de admiſſis matrimonio conſtante. Sed & Cuiacium, tacite licet, ſcite refellit Freher. *Cap.* 8. *n.* 12. *& ſeq. &* *Cap.* 9 *n.* 11. Pudore enim & nexu matrimonii, atrox & turpis furti actio in coniugem non datur *L. ult.* § *ult. C. de furt* Sed & condictio furtiva tectior eſt actione furti, nec ullam verborum atrocitatem habet: Formula autem verborum & ſententiæ actionem famoſam fecit, vel non famoſam. Aliud eſt aperte loqui, ſcapham, ſcapham vocando; aliud verborum lenitate rem mitigare. Qui condicit, non palam dicit reum furtum feciſſe, ſed obnoxium ſibi eſſe ex cauſſa furtiva. Sic, ait, ſepulchri violati, actio famoſa *L.* 1. *de ſep. viol.* non item condictio ea cauſſa violati ſepulchri *L.* 9. *d. t.* Quod vero Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 13. dicit, interdictum de vi armata famoſum eſſe, non item de eadem re actionem in factum, non probatur *L.* 13. *de vi arm.* ab eo adducta, ſed imo diſerte reprobatur, dum dicitur, nullum interdictum famoſum eſſe

3) *L.* 4. §. *ult. D. L.* 5. *L.* 10. *Cod h. tit. L.* 40. *L.* 42. *D. de iniur.* §. 2. *I. de pœn. tem. litig.* æquiſſima talionis lege, ut cui alterius famam ludibrio habere, & ſugillare libido eſt, propriæ iacturam faciat, Freher. *Cap.* 9. *n.* 13. Weſenb. *in Par. h. tit. n.* 5. Etſi perſonæ viliori illata, immo etſi ſervo alieno *d. L.* 10. *C. h. tit.* modo

atros

de; si quis ex his caussis damnatus sit suo nomine: notata hæc in *L.* 1. in clausula, *Qui furti, de his qui not. infam.* Tria reliqua quæ dixi, hæc sunt: actio expilatæ hereditatis, de sepulchro violato, & ea quæ est adversus mulierem missam per calumniam in possessionem bonorum hereditariorum ventris nomine. De actione expilatæ hereditatis cautum in *L. si te, C. ex quib. cau. infam. irrog.* Et recte cautum specialiter, cum ea species edicto non contineretur. Cavet enim edictum de furto. Expilatio autem hereditatis furtum 4 non est. Quam etiam ob caussam expilatæ hereditatis actio inducta est; alioqui inutilis futura, ut declaratur in *L.* 2. *L. ult. D. expil. her.* Neque tamen eo minus verum est, quod dicitur in *d. L. si te, C. ex quib. caus. infam. irro.* eum qui expilasse hereditatem iudicatus est, furti improbioris infamiam sustinere. Hoc enim non significat eum qui expilavit hereditatem, furem improbiorem esse seu furtum improbius admittere: sed significat eum eamdem infamiam subire, quam fur, & is quidem improbior. Cæterum furtum improbius dici non potest, quod ne furtum quidem est. Sepulchri violati actionem infamiam irrogare diserte scriptum est in *L.* 1. *D. de sepulch. viol.* De muliere, quæ 5 per calumniam cum se gravidam ex defuncto diceret, ventris nomine in possessionem bonorum missa est, scriptum pluribus in *L. notatur*, & fragmentis aliquot sequentibus. *D. de his qui not. infam.*

III. Ut autem ex actionibus civilibus proficiscentibus ex delicto superiores istæ famosæ sunt: ita sunt solæ ex hoc genere. Non enim alias notari legimus. Cur ergo solæ illæ notatæ præter cæteras, quæ nihilominus de iis factis sunt, quæ delictum & dolum in se habent: ut legis Aquiliæ, Quod metus caussa, & si quæ sunt eiusdem generis? Hoc ideo, quod superiores facta persequuntur 6 singularis turpitudinis & præter cætera animadvertendæ: rerum alienarum interversionem, & eam per fœdissimas artes, furtum, rapinam, dolum malum. Tum adversus personas sive vivunt, sive obierunt, iniuriam, quæ rem omnium pretiosissimam lædat, existimationem: & hæc omnia omni ex parte invitis dominis, quibus nocetur. Non sunt hæc in damno dato, & metu adhibito ad aliquid extorquendum. Nocet dominis damnum datum; sed non eo spectat, ut qui dedit, quidquam eo facto improbe ad se transferat. Metus eo spectat, & simul extorquet: sed ita, ut dominus metu aliquid dans, permittens, aut remittens, etsi sine metu nollet dare: tamen postquam est coactus, velit, & hac voluntate etiam det. *L. si mulier, §. si metu, D. quod metus cau.* Quamquam si quis velit eum, qui metum intulit, famoso iudicio convenire, licet. Potest enim agere adversus eum & de dolo. *L. item si, § penult. D. quod met. caus.* De dolo autem actio ex edicto famosa, *d. L.* 1. vers. *qui furti, de his qui not. infam. L.* 1. *§. ait, D. quod met. caus.* IV..

atrox fuerit. Nam nec alias de modica, levique iniuria damnatum infamem fieri, volunt, per *Cap. cum te a B.* 23. *de re iud. & argum. L.* 9. *§. ult. & L. seq. de dolo.* Freher. post alios *Cap.* 9. u. 16. Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 2. *& seqq.* ubi tamen *n.* 6. contrariam receptiorem vocat, sed ita, ut, hoc casu, facilior sit restitutio in integrum. Sed & iudicis sententia, existimationem salvam servari posse, stilus iudiciorum recepit, eoque nihil crebrius, etsi iuri vix videatur consentaneum, per *L.* 63. *de furt.* de quo vid. Gail. 1. *Obseq.* 65. *n.* 6. *& seqq.* Dan. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 42. *P.* 4. *n.* 17. *& seqq.* Farinac. *Q. crim.* 105. *n.* 61. *& seqq.* Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 10. *n.* 25. *& Lib.* 3. *de infamia Cap.* 8. *n.* 18.

4) Recte & facit *L.* 17. *C. de furt. ibi exemplo & casus L.* 3. *§.* 5. *in fin. de susp. tut.* Nam quod expilatores, atrociores fures dicuntur *L.* 1. *§.* 1. *de effract.* non de hisce hereditatis expilatoribus, ut Goth. *ad d. L.* 12. sed alius accipiendum, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 30. *N.* 2.

5) *L.* 1. *§.* 1. *si mul. ventr. nom.* Graviter enim peccat, quæ decipit prætorem in ea ipsa re, in qua beneficium petit, Ant. Fab. *ad L.* 17. *hoc tit.* Excipitur filiafamilias *d. L.* 17. tum scilicet cum patri se non prægnantem adfirmavit, & is tamen sciens prudens in possessionem mitti passus est, ubi pater* ipse notatur *L.* 19. *in f. hoc tit.*

6) Non igitur famosæ condictiones, etsi ex famosis caussis *L.* 38. *de O. & A.* vid *supra N.* 2. nec interdictum unde vi, ullumve aliud *L.* 13. *de vi arm.* quanvis & hæc ex delicto, ut *Lib.* 15. *Cap.* 37. Nec actio quod metus caussa, *supra Lib.* 15. *Cap.* 41. *N.* 20. Nec legis Aquiliæ, de damno iniuria dato. Quia nec imprudentia, nec iracundia sine consulto animo, tam atroci pœna digna, Hotom. *ad §. ex quibusdam* 2. ipsi 4. *de pœn. tem. litig.* Freher. *Cap.* 9. *n.* 27. Actionem tamen servi corrupti cum turpis dicatur, & furti ac rapinæ actio iungatur *L.* 56. *pro soc.* famosis adnumerat Freher. *d. Cap.* 9. *n.* 28. Goth. *in d. L.* 56. Vult. *in §. omnes n.* 21. (ipsi 19.) *& seqq. I. de act. n.* 10. Sed imo famosam esse, diserte negat *L.* 6. *&* 7. *princ. de obseq. par. præst.* Nimirum omnis quidem famosa turpis. At non contra: cum & turpis dici possit, quæcunque doli, vel fraudis habet mentionem, per *L.* 5. *§. ult. & d. L.* 6. *eod.* cum pudorem oneret, seu infamia facti afficiat. Sic turpitudo seiungitur ab infamia *L.* 27. *C. de inoff.* Sed nec actionem de alea, famosam fuisse admitto, ceu vult Cuiac. 9. *Obseq.* 28. quod non detur in parentes, nisi verbis in factum conceptis *L. ult. §. ult. de aleat.* Et aleatorum nomen infame *L.* 26. *de iniur. L.* 225. *de V. S.* Unde Cic. 2. *Philipp.* Lenticulam aleæ condemnatum, quasi infamem notat. Et probant Freher. *Cap.* 22. *n.* 5. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 25. *n.* 31. ubi & *n.* 44. aleatores frequentes a testimonii dictione repelli. Atqui *d. L.* 26. *& L.* 225. tantum probant, servum aleatorem corruptum dici. Nec sequitur: actio utilis de alea datur contra parentes: Ergo directa famosa. Quia nec illæ actiones, quæ verecundiam condemnati onerant, etsi iuris ignominiam non inferant, in parentes dantur, nisi verbis temperatæ, ut ipse Freher. *d. Cap.* 22. *n.* 4. Sed nec aleatorum, nisi fraude & falsitate usus sit, alia pœna præter restitutionem, teneri docet Menoch. *Arb. Casu* 399. Tametsi Isidor. *Lib.* 18. *Cap.* 68. ab hac arte fraudem, & mendacium, atque periurium, nunquam abesse scripserit, & auctor *Polycratici Lib.* 1. *Cap.* 5. ref. Freher *d. n.* 5. aleam mendaciorum, & periuriorum matrem vocet. De aleatoribus pluribus Menoch. *Arb. d. C.* 399. *& seq.* Rauchbar. *d. Q.* 25. Fornet. 2. *Rer. Quotid.* 28. Ant. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 2. *Cap.* 44.

IV. Notandum, ex his actionibus & caussis damnatos ita edicto notari, si damnati sint suo nomine. Additum propter procuratores, tutores, curatores, qui alium superioribus actionibus conventum iudicio defendunt. His iudicium suscipientibus, quanvis alieno nomine, si quid hic damnationis est, ipsi soli condemnantur, non domini, quorum persona in indicio non fuit. *L. 1. C. de senten. & interl.* Sed quoniam alieno nomine condemnantur, non laborant infamia, ex edicto: hoc in *L. furti, §. 1. D. de his qui not. infam.* idemque & de herede ex suprascriptis caussis condemnato placuit, ibidem. Nam & hic ex defuncti persona, eoque & illius nomine convenitur. Ius de his recte constitutum. Non enim ipsi deliquerunt, sed domini, & ii a quibus obligatio nata est. Est autem æquissima constitutio, peccata tenere debere suos auctores, nec alibi debere esse pœnam, quam ubi est delictum. *L. sancimus, C. de pœn.*

V. Civilia & pecuniaria iudicia ex contractu, vel quasi contractu, ex innumeris famosa tantum sunt quatuor, comprehensa edicto in *d. L. 1.* in clausula, *Qui pro socio, de his qui not. infa.* pro socio, tutelæ, mandati, depositi. His iudiciis damnatos placet infamia notari. Sed quod diligenter animadvertendum est, notantur non simpliciter, sed tribus conditionibus, quas hic concurrere oporteat. Prima conditio est cum prioribus illis iudiciis communis, si quis his posterioribus damnatus sit suo nomine, ut intelligamus procuratorem, tutorem, curatorem, dum dominum ex his caussis iudicio defendunt eo nomine damnatos infamia non notari: similiter neo heredem damnatum, si ex dolo defuncti conveniatur. *L. furti, §. 1. §. mandati, D. de his qui not. infa.*

VI. Secunda conditio est, si quis ex his caussis damnatus sit, non contrario iudicio: quod item verbis edicti expressum est. Et huc spectat, ut declaretur, si quis ex his caussis damnetur iudicio directo, quod contrario opponitur, eum esse, quem in his prætor velit notari infamia: sin damnetur contrario iudicio, hunc non notari exceptum superioribus verbis. Exceptio addita non propter actionem pro socio, quæ ab omnibus sociis, cum quibus agitur, directa est: eoque & quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur: sed propter actiones tutelæ, mandati, depositi, quorum quædam directæ sunt, quædam contrariæ: qui locus sic explicatur in *§. ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig.* In his posterioribus directo iudicio tenetur is, qui tutelam, mandatum, depositum suscepit, & fidem rei gerendæ aut custodiendæ dedit: contrario, rerum susceptarum domini; de quo in his generibus obligationum satis diximus. Ergo qui ista susceperunt, damnati ex edicto fient infames: damnantur enim iudicio non contrario, quia directo: domini ipsi damnati infames non erunt; quia damnantur iudicio contrario. Cuius exceptionis rationem reddens Ulpianus in *L. furti, §. ult. de his qui not. inf.* ita scribit. *Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito: nam in contrariis non de 7) perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.* Non de perfidia conventi domini; quia is nihil fecit, quo falleret eum, qui tutelam, qui mandatum, aut depositum ultro suscepit; sed nec quidquam recepit se facturum. Agitur de calculo; idest, de eo quod adversario propter susceptum officium abest: quam pecuniam ideo calculum vocat, quia quantum id sit quod vicissim debetur, subiecto calculo & posita ratione accepti & expensi cognoscitur. Unde idem Ulpianus id velut interpretans alibi sic apertius explicat, ut dicat in contrario iudicio non de fide rupta agi, sed de indemnitate eius qui officium suscepit. *L. ei apud, 5.* in princ. *D. depos.* In hac pecunia atque indemnitate præstanda perspicuum est non agi de perfidia domini, a quo pecunia exigitur. Quidquid enim hic suscipienti abest, fere aut a casu est, aut ab eo qui suscepit, pro officio ac fide erogatur. Et vero hic ipse calculus, inquit Ulpianus, *fere iudicio dirimi solet*, intellige directo, quo adversus tutorem, mandatarium, aut depositarium agitur. Quod enim contrario iudicio quisque consequi potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis, ut est in *L. in rebus §. ult. D. commod.* Id autem cum fit, apparet eum cui directum iudicium competebat, ob eas præstationes infamia non notari, cum nulla adversus eum actio eo nomine fuerit.

VII. Ex iudiciis contrariis excipit Ulpia-

7) Aliter Freher. *Cap. 11. n. 8.* Calculus ita iudicio dirimitur, ne alio vel foras ad populum res promanet, sed arbitrio iudicis plane componatur. Perfidiæ quæstio, & ipsa quidem iudicio dirimitur, sed ita ut damnato nota inuratur, quæ ad aures & notitiam populi, penes quem est famæ censura, perveniat. Mavult tamen Freher. vocula *sine* adiecta legere, qui fere sine iudicio, id est disceptatore domestico, honoraria opera amici, ut Cic. *pro Cæcinna.* Et sic pro *fere*, *sine*, reponit Ant. Fab. *d. L. 6. §. ult.* quasi sensus sit, caussæ cognitionem necessariam non esse, per *L. 29. & seq. de dolo.* sed recte noster.

pianus iudicium mandati contrarium tunc, cum is qui mandavit, vicissim fidem dedit mandatario suo se quid præstiturum, neque præstitit: hoc ille in *L. furti*, §. *mandati*, *de his qui not. inf.* Et in eam rem hoc exemplo utitur: ut puta, inquit, fideiussi pro te, & solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio. Id ex eius propositione sic intelligendum est, si fides in hac fideiussione mihi abs te data sit fore, ut aliquid faceres, quo me ad fideiubendum invitares, & tu fidem fefelleris. Fingamus mandasse te mihi, ut pro te apud creditorem tuum fideiuberem. Cum primo gravarer, tamen recepisse ad me facturum, si tu solveres pecuniam creditori tuo intra duos menses; neque committeres, ut ad me veniretur: fidem dedisse te facturum, neque fecisse. Itaque conventum me coactum esse solvere. Hic mihi adversus te de pecunia tuo nomine soluta mandati iudicium contrarium futurum est. Hoc iudicio si tecum agam, & te [8] condemnavero, inquit Ulpianus, id est, effecero ut condemnaveris: famosum facio, idest consequor, ut sis famosus. Hoc ille merito: nam & hic [9] perfidia mea manifesta est; de qua eum constet, non minus eam coerceri oportet in contrario iudicio quam in directis. Hæc usque adhuc recte. Illud non videtur posse defendi, quod Ulpianus ibidem adiicit. Ait enim in hac specie & similibus ipsos mandatores, qui fidem procuratori suo a se datam fefellerunt, hoc nomine condemnatos non solum famosos fieri, sed etiam verbis edicti notari. Atqui verba edicti aperte reclamant; quæ nominatum iudicium contrarium excipiunt. Constat autem contrario iudicio experiri eos qui mandatum susceperunt, adversus eos qui mandaruot. *L. si vero*, 12. §. *contrario*, *D. mand.* ut perinde dici debuerit, si quando iudicio contrario damnatus infamis fiat, sententia edicti id fieri, minime autem verbis. Immo & hoc recte Ulpianus eum qui huiusmodi caussis contrario iudicio damnatus est, etiam verbis edicti notari: quia partim contrario iudicio damnari videtur, partim directo. Quatenus mandasti mihi, ut pro te fideiuberem, ego tibi directo iudicio teneor, tu mihi contrario: quia tu mandasti, ego, suscepi mandatum. Sed quatenus tu mihi promisisti, ut in tempore solveres, neque ego convenirer; hac parte ego mandator esse incipio; tu mandatum suscipere. Sic enim suscipio mandatum tuum fideiubendo, ut vicissim tibi mandem, ut facias id, de quo convenit: qua parte tu mandatum meum suscipiens, & fidem mihi dans, directo iudicio conveniri existimandus es potius, quam contrario.

VIII. Tertia conditio est, ut ex superioribus iudiciis, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, qui suo nomine non contrario iudicio damnatus est, infamis fiat, si quidem [10] ob dolum damnatus erit: ob culpam damnatus salvam existimationem retinet. Hanc conditionem recte posuit Accursius interpretans eam clausulam. Sed quia conditio prætermissa est in edicto, & id edictum, itemque alii loci repugnare videntur; conditio eiusmodi est, quæ probatinnem certiorem desideret, & eorum quæ obstare videntur, enodationem. Probatur vero hæc conditio & certis locis, & ratione minime dubia. Ulpianus cur contrario iudicio damnatus non fit infamis, hanc rationem reddit, quia in contrariis iudiciis de persona conveoti non agitur. *L. furti*, §. *ult. D. de his qui not. infam.* Multis modis hæc ratio ostendit nec in directis iudiciis damnatum infamem fieri, si de perfidia & dolo eius non agatur. Vel quod in quibus caussis eadem ratio est, in his ius idem statui debet. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Vel quod ne in contrariis quidem iudiciis ista ratione efficitur damnatum infamem non fieri, nisi prius generaliter definierimus, quibus in iudiciis de perfidia non agitur, in his damnatum infamem non esse. Hac enim definitione posita sic deinde recte assumitur; Atqui in contrariis iudiciis de perfidia non agitur. Ex quo deinde sequitur recta collectio: Ergo contrario iudicio damnatus non est infamis. Postremo apparet rationem Ulpiani eo spectare, ut ea ratione ostendat circa infamiam recte distincta esse iudicia directa a contrariis. At id ita recte fit, si ut de his iudiciis contrarium est circa infamiam, ita huius constituti iuris contrarias rationes statuamus, dicamusque quemadmodum contrarium iudicium infamiam non irrogat

gat

8) Vid. *supra Lib.* 4. *C.* 33. *N.* 5. add. Muret. 19. *Var. Lect.* 16. Pollet. 4. *Hist. fors* 5. *sub fin.*

9) Et ita in hoc cessat ratio, quod non agatur de fide rupta, & e contrario rationi, quæ in directis, locus est, Ant. Fab. *ad d. L.* 6. §. 5. Freher. *C.* 11. *n.* 9.

10) Diss. Modest. *ad L.* 23. *Deposit.* Ex caussa horum iudiciorum scribens omnem culpam, tametsi in minimis reous admissam, sine ulla specie doli mali, inurere infamiam. Qui & *ibid.* omnem aliam actionem bonæ fidei infamare, si reus damnatur ob dolum. Male omnino. Nam, ut alia taceam, sic inconveniens erit ratio Ulpiani *in L.* 1. §. 4. *de dolo*, cur si dolo admisso, alia actione res salva esse possit, actio de dolo danda non sit. Et absurdum certe ob culpam, quæ in idoneum cadit, pretiosissimum hominis bonum perdi &c. Ac omnem hic scrupulum, per quam expedite eximit Donellus noster.

gat ideo, quia in eo de perfidia non agitur: ita contraria de caussa directum iudicium infamiam irrogare, quia in eo de perfidia agitur, nec extra perfidiam sit famosum. Satis ergo aperte superior Ulpiani locus perfidiam & dolum ad infamiam in superioribus iudiciis quatuor exigit. Sed diserte hæc distinctio expressa est in suspecto tutore. De quo ita scriptum est in *§. suspectus autem remotus, Inst.* de susp. tut. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum famosus est: si ob culpam, non æque.* Si hoc in suspecto tutore valet, qui gravius aliquid & turpius admittere solet, cur removeatur a tutela nondum finita: multo magis in eo tutore probandum est, qui integra tutela peracta convenitur tutelæ, etsi eo nomine condemnatus est. Quo in tutela recepto, nihil caussæ dici potest, cur non intelligatur in cæteris iudiciis, quæ sunt eiusdem generis, & eodem modo atque eodem loco simul notata sunt a prætore. Ratio etiam certa id a nobis exprimit. Nam cum omne dedecus & infamia a turpitudine aliqua facti proficiscatur, absurdum est eum dedecore & infamia coerceri, qui turpe nihil admisit. Atqui culpa levi peccare, & folita in suis rebus negligentia, infirmitatis & ignorantiæ vitium est, non ullius turpitudinis: nam hæc in optimos etiam viros cadere possunt. Quare non debet levis culpa infamiæ macula notari: Sententia ergo & probata veteribus, & per se manifestæ æquitatis. Sed pleraque obstant, quæ breviter volvemus.

IX. Obstat primum edictum: quod de superioribus iudiciis generaliter ita scriptum est, ut si quis his damnatus sit suo nomine non contrario iudicio, notetur infamia; nec quidquam adiicitur, ob dolumne, an ob culpam damnatus sit. Generaliter igitur edictum accipiendum, nec superior distinctio adhibenda; sic est constans interpretatio & collectio veterum in omnibus edictis & legibus generaliter & distincte susceptis: ut *L. 9. §. 1. D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam,* in fin. *D. de her. pet. L. Imperator, D. de post. L. de pretio, D. de publ.* Et non negem ne hoc quidem edictum ita interpretandum, si quidem in eo nulla esset distinctio doli & culpæ. Ac verbis quidem nulla expressa est, sed additum est in edicto id, ex quo sententia prætoris de hac ipsa distinctione facile colligitur: ut si minus verbis nominatim continetur hæc distinctio: at certe contineatur edicti sententia. Proinde edicto: quia verbum ex legibus intelligitur, tam quod est ex legum sententia, quam quod ex verbis. *L. nomen, §. 1. D. de verb. sign.* Id autem ita fit. Nominatim enim prætor excipit contrarium iudicium: quo voluit damnatum infamia non notari, quanvis maxime damnatum suo nomine. Porro huius exceptionis non alia ratio est, quam quod in iudiciis contrariis de perfidia conventi non agitur, ut modo diximus. *d. L. furti, §. ult. de his qui not. infam.* Ex quo mens prætoris perspicitur, ut ne sit infamis quisquam, qui ob perfidiam & dolum non damnatur. Quod plane & ad iudicia directa pertinet, quatenus in his damnatur quis ob culpam, non ob dolum.

X. Obstat præterea *L. in re, L. mand.* In qua de mandati iudicio inter cætera sic definit Constantinus; *in re mandata non pecuniæ solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est.* Nihil hic distinguitur, utrum ad utrumque hoc periculum subeundum damnatus quis sit mandati ob dolum, an ob culpam. Quinimmo hanc esse sententiam Constantini, ut ne distinguatur, hæc probant. Primum coniungit hæc duo, pecuniæ & existimationis periculum, quasi hæc ex eadem caussa imminere damnato statuat. Scimus autem in mandati iudicio eum qui pecuniæ nomine condemnatur, etiam ob culpam condemnari. *L. procuratorem, L. a procuratore, C. mand.* Sit igitur ob eamdem culpam & periculum existimationis damnato. Tum autem quo magis id sentire Constantinum existimemus, subiicit eam rationem, quæ ad culpam omnem, etiam levem, non ad dolum solum confertur. *Aliena enim negotia*, inquit, *exacto officio geruntur, nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Unde colligas, ob hanc culpam utrumque illud periculum & pecuniæ & existimationis de quo proposuerat, suscipi in iudicio mandati. Respondeo, longe aliud esse dicere in re mandata versari infamiam: aliud in re mandata versari periculum infamiæ. Prius si diceret Constantinus, fateor, generaliter diceret iudicio mandati infamiam damnato irrogari, quacunque de caussa quis damnatus esset. Nunc autem dicit in re mandata esse periculum infamiæ. Quo non aliud significatur, quam in re mandata periculum esse, ne damnatus in infamiam incidat. At hoc qui dicit, non dicit damnatum infamem esse; sed fieri posse, ut sit infamis; & metuendum esse, ne infamis fiat. Unde relinquitur adhuc ea quæstio, quando sit infamis. Quod quia illic non explicatur, de eo ex aliis

aliis locis statuendum est. *L. præcipimus*, in fi. *C. de app.* Cum ergo ostenderimus prius ex aliis locis iudicio mandati, & tribus reliquis similibus irrogari infamiam tantum iis, qui ob dolum damnati sunt, sic definitionem Constantini accipiemus, ut insit periculum infamiæ mandati iudicio hac ipsa conditione. Idque ita esse licet intelligere ex eo, quod lex ait, in re quoque mandata esse periculum pecuniæ. Id enim nemo ita dictum accipiat, quasi simul atque res mandata est, debeat is qui mandatum suscepit, in pecuniam condemnari, aut etiam pecuniæ nomine teneatur. Quid enim si mandatum exsequatur? quid, si non executus in tempore renuntiet? quid si etiam mandatoris nihil intersit mandatum non esse impletum? quibus casibus constat mandatarium omnimodo non teneri. *L. si mandavero*, 22. *§. ult. L. si procuratorem*, 8. *§. mandati*, *D. mand.* Quid est igitur, in re mandata pecuniæ periculum esse? Nimirum hoc iam omnes concedent ita accipiendum esse, periculum id esse non utique statim, non semper, sed qua conditione huius pecuniæ obligatio iure contrahi solet: quæ proinde conditio ex suis locis petenda est. Ea est autem, si quis mandato suscepto neque id impleat, neque tempestive renuntiet, & mandatoris intersit non fuisse deceptum. Quapropter & cum dicitur, in re mandata inesse periculum existimationis, eodem modo dictum putemus, ut insit hoc periculum itidem & sua conditione, quæ & ipsa ex legibus mandati, & reliquo iure sumenda est. Et hactenus recte duo ista in re mandata coniunguntur a Constantino, periculum pecuniæ, & existimationis. Quod si quæretur amplius, quibus conditionibus putemus utrumque in re mandata inesse; hic iam intelligemus non coniungi ista, sed discrepare conditionibus; docti ex aliis partibus iuris, in re mandata pecuniæ periculum propositum, quocunque modo quis mandati teneatur, vel ob culpam: existimationis autem periculum non intentari nisi perfidiæ & dolo. Neque hoc posterius mutat ratio a Constantino in extremo subiecta: quæ non definitioni propositæ probandæ, sed tacitæ obiectioni removendæ adhibita est. Ait Constantinus *in alienorum negotiorum administratione nihil neglectum ac declinatum culpa vacuum esse:* facile intellectu est non adhibere hanc rationem eo, ut probet propterea in mandato periculum existimationis versari. Nihil enim vitiosius dici potest, quam si quis in mandato ideo colligat inesse periculum existimationis, quia qui mandatum suscepit, culpæ nomine teneatur mandatori: cum sciamus innumera esse iudicia, quibus quis præstare debet & culpam, neque ideo his iudiciis damnatum quemquam fieri infamem: ut empti, venditi, locati, conducti, commodati, & similium, de quo paulo post plura. Ratio est ergo, ut dixi, non præcedentis definitionis confirmationem, sed obiectionis quæ occurrebat, occupationem continens. Diceret enim aliquis, etsi quis rem mandatam negligat, non ideo ei propositum esse debere periculum pecuniæ & existimationis, sed potius impunitum id esse debere: cum si quis rem suam negligat, impune faciat, nedum laboret infamia. Occurrit Constantinus, ostenditque nihil hoc si quis obiiciat ad rem pertinere, & male ista inter se comparari, hac ratione. *Nam*, inquit, *suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter*, *non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit. Aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Atque hæc quidem Constantini occupatio, & ratio est. At ut hoc statuamus ita esse, quid tandem ista ratione efficitur? Nempe hoc: quia in re mandata nihil neglectum culpa vacuum est, idcirco rem mandatam non licere negligere impune. An ergo, ut quævis pœna ei culpæ proposita sit? Immo ea sola, quam mandati leges præscribant: scilicet ut omnis culpæ damnum præstet is qui neglexit; non etiam, ut præter pecuniæ damnum omnis culpæ nomine fiat infamis, sed solum ob dolum.

XI. Sed his omnibus vehementius adversari dixeris *L. probrum*, *D. de verb. signif.* ubi Ulpianus diserte scribit tutelæ damnari, non esse quidem probrum natura; sed esse *civiliter & more civitatis*. Declarat autem se hoc etiam de eo dicere, qui culpæ & desidiæ, non doli nomine damnatus sit: cum subiicit, ideo id probrum esse *more civitatis*, non natura: quia *natura probrum non sit*, *quod potest etiam in hominem idoneum incidere*. Potest in *hominem idoneum*, idest bonum & frugi incidere culpa levis, & nonnulla imperitia; ut non omnes omnium rerum experientiam habent, & sunt alii aliis diligentiores ac magis industrii: dolus certe & lata culpa in virum bonum & idoneum cadere non potest. Et non dubium est, quin hoc sentiat Ulpianus, etiam ob levem culpam tutelæ damnari, probrum esse: sed probri verbo intelligit dedecus positum in hominum opinione, non iuris animadver-

madversione; quale est id quod proprie infamiam appellamus. Id adeo verba eius non obscure declarant. Non enim dicit id probrum esse iure civili: sed *civiliter*: & hoc *civiliter* interpretatur *quasi more civitatis*. Ubi apparet eum non vocare quasi morem civitatis leges aut mores in ius receptos, quæ vere sunt leges, non quasi leges: sed [11] morem hominum in civitate de talibus damnatis iudicantium: qui talis esse consuevit, ut quos tutores tutelæ damnatos vident, adduci non possint, quin existiment ob tutelam perfidiose administratam potius, quam ob culpam aliquam suam levem esse damnatos. Nam & tutorum quoque magna ex parte hæc corruptela est, ut dum pro dominis habentur in rebus pupillaribus, easque commodia suis opportunas vident, avaritia victi facile ea occasione abutuntur ad malas artes, & aut ad res pupillorum ad se transferendas, aut ad commoda sua inde augenda neglectis pupillaribus.

XII. Videamus etiam ad extremum, ne adversus ista omnia, quæ ante respondimus, stet Ciceronis testimonium dilucide scriptum in contrariam sententiam de mandato in *Oratione* pro Roscio Amerino, Verba eius hæc sunt: *In privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quæstus aut commodi caussa, verum etiam negligentius; eum maiores summum admisisse dedecus existimabant, itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe, quam furti.* Hæc ille. Constitutum ergo iudicium adversus negligentiam, & constitutum ad infamiam iuris, qualis irrogari solet iudicio furti. Sed quod Cicero dicit de re mandata gesta negligentius, in quo & summum dedecus admitti scribit: istud negligentius non de omni negligentia intelligi oportet, sed de lata & dissoluta, quæ dolo comparatur: cum scilicet qui mandatum suscepit, rem potest gerere & debet, & sciens negligit tamen. Probant hoc ea, quæ Cicero de hoc homine postea disputat. Subiicit enim ideo hanc culpam merito turpem esse, quod duas res sanctissimas violet, amicitiam & fidem. Addit etiam perditissimi esse hominis fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset. Non violat fidem, nisi qui sciens violat: non fallit, nisi qui dolum adhibet. *L. 1. D. de dol.* ut nihil aliud; certe illud constabit perditissimum non esse dicendum, qui culpa & infirmitate, aut imperitia labitur: præsertim cum hunc Ulpianus idoneum alioqui hominem vocet, *d. L. probrum, D. de verb. sign.*

XIII. Stabit igitur hæc sententia: superioribus iudiciis quatuor damnatos, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, quamvis simpliciter dicantur in edicto infamia notari, nulla distinctione adhibita doli & culpæ; tamen non aliter notari infamia, quam si ob dolum suum damnati sint: ob culpam damnatos famosos non esse, quamvis & suo nomine, & non contrario iudicio sint damnati. In quo tamen ne nos fallat verbum culpæ, intelligi volumus superiora dicere nos de levi culpa: ad latam culpam non pertinere. Hæc ut in cæteris caussis comparatur dolo, & doli exitum patitur: *L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. L. quod Nerva, D. dep. L. quæsitum, §. eum quoque D. de prec.* sic & in his iudiciis, eum quem damnatum infamia notari volumus: scilicet ut in his non minus [12] lata culpa damnati, quam apertus dolus infamia coerceatur. Id non obscure demonstratur in persona eius, qui intra tempus quo virum defunctum elugere moris est, viduam eius duxit uxorem. Nam hunc placet notari infamia, etsi ius ignorans putaverit id sibi per ius facere licere. *L. liberorum, §. ult. D. de his qui not. inf.* Atqui hæc imperitia non est dolus. Nemo enim consulto accersit sibi imperitiam, ut per hunc alium fallat, quæ doli definitio est: *L. 1. D. de dol.* sed cum negligentia aut socordia non curasset ius cognoscere, factum est per eam imperitiam, ut aliquid contra ius committeret, idque sine dolo; cum id faceret, quod serio putaret sibi licere. Sed cum lata culpa sit id ignorare, quod omnes intelligunt, aut intelligere debent: *L. latæ, D. de verb. sign.* imperitia iuris ex hoc genere habenda est. Est enim ius publicum eiusmodi, quod omnes scire debent. *L. leges sacratissimæ, C. de leg.* Ideoque ea ignorantia excusationem non habet, quia etsi quis per se ius non novit, potest tamen facile id consequi consulendo prudentiores. *L. in bonorum, D. de bon.*

11) Convenit quod Goed. *in d. L. 41. n. 11.* civile probrum aliud iuris esse, aliud opinionis, quod cum lege, edictove non notetur, moribus, & opinione civium ignominiosum habetur.

12)Quo faciunt ea, quæ supra dicta sunt *Lib. 16 Cap. 7. N. 21.* add. Zas. 1. *Sing. Respons. 2. n. 36. & seqq.* qui tractat quatenus ignorantia iuris in latam culpam incidat Diss. etiam Freher. *Lib. 2. de Existim. Cap. 10. n. 3.* Sine delicto, inquiens, infamia non infligitur. Nullum vero delictum dolo caret. Sed hoc dandum non est, quod refellitur *L. 1. & 3. de L. &c.* Quin idem Freher. *Lib. 3. de infam. Cap. 11. n. 9. in mandati iudicio*, crassiorem negligentiam, famæ periculo corrigi scribit, tum per allegatum locum Ciceronis *pro Roscio*, tum quia pluries in *tit. mandati* inculcatur latam culpam prope dolum esse.

bon. poſ. Sed & hoc de culpa lata non minus aperte confirmat Cicero in eo loco, quem paulo ante retuli ex *Oratione* pro Roſcio Amerino. Ubi conſtitutum eſſe ait mandati iudicium non minus turpe, quam furti; non modo *ſi quis rem mandatam malitioſius geſſiſſet ſui quæſtus aut commodi cauſſa, verum etiam negligentius.* Quæ eſt autem iſta negligentia, quam hic infamia notari dicit? Diſſoluta, ut ante dixi, quæ amicitiam & fidem violat. Ea autem eſt non facere in alienis rebus, quod in tuis facias: negligere alienas fidei tuæ commiſſas, ubi tua cures: quæ lata culpa dicitur in *L. quod Nerva, D. dep.* Vide plura in hanc ſententiam ſupra in explicatione huius generis culpæ.

XIV. Obſervandum eſt, ut edicto ſuperiores actiones ex contractu quatuor notantur infamia, pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti: ſi quis ex his damnatus ſit ſuo nomine: ex innumeris huius generis notari has ſolas. Unde intelligimus ex cæteris omnibus damnatos, quanvis damnatos ob dolum & perfidiam, infames non eſſe. Nam qui ex omnibus cauſſis quaſdam excipit & notat, in cæteris exiſtimationem concedere & tueri intelligitur. *L. cum prætor*, in pr. *D. de iud. L. quæſitum, §. idem reſpondit, domo inſtructa, D. de inſt. inſtrum. leg.* Niſi tamen alicubi alia iudicia privata ex contractu notari reperiuntur: quod nuſquam legimus. Itaque neque, ex empto, vendito, locato, conducto, commodato, neque ex aliis ſimilibus cauſſis damnatus quanvis doli & fraudis nomine, notatur infamia. Inde dolo admiſſo doli actio conſtituta, ſi alia actio non erit, non ob aliam cauſſam quam quod doli actio famoſa eſt, cæteræ non item, nec temere debuit actio famoſa decerni, ut eſt in *L. 1. §. ait, D. de dol.* Inde etiam dictum, ceſſare ignominiam in conditionibus, quanvis ex famoſis cauſſis pendeant. *L. ceſſat, D. de obl. & act.* quia ſcilicet non notantur condictiones neque edicto, neque aliis iuris partibus. Hinc ex reipſa merito incidit quæſtio, cur aliis iudiciis tam multis damnatus non ſit infamis; præſertim empti venditi, locati conducti, pigneraticia actione: In quibus non minus bonam fidem ſervari oportet: ſunt enim & hæc bona fidei, ut ſuperiora, *§. actionum autem, Inſt. de act.*

XV. Sed ex omnibus maxime dubitari poteſt de commodato, & precario. Cur enim in mandato & depoſito fidem fallere infame eſt, niſi quod fidem in iſtis ſervari maxime conveniebat? At æquius videbatur hanc ab eo exigi, qui commodatum aut precarium acceperat: propterea quod in mandato & depoſito qui ea ſuſcepiſſet, nihil amplius præſtare deberet, quam officium non ſua cauſſa, ſed aliena. In commodato autem & precario is cui hæc data ſunt, beneficium acciperet: quod non reddere viro bono non licet, ſi id facere poſſit ſine cuiuſquam iniuria, ut bene ſcriptum eſt a Cicerone *libr. 1. Offic.* Pro beneficio autem etiam referre iniuriam, hoc iam eiuſmodi eſt, quod videatur omnium turpiſſimum & indigniſſimum homine debere iudicari.

XVI. Et Cicero in *oratione* pro Roſcio Amerino de mandati iudicio diſſerens in eo loco, cuius paulo ante memini, cum poſuiſſet maiores id iudicium conſtituiſſe non minus turpe, quam furti, eam rationem reddidit, quæ ſub una ſpecie mandati nihilominus ad reliquas illas tres pertinens, pro ſocio, tutelæ, depoſiti, ſimul videatur rationem differentiæ inter iſta iudicia ſuperiora quatuor, & reliqua omnia commode expedire. Et ita ſcribit: *In privatis rebus ſi quis rem mandatam non modo malitioſius geſſiſſet ſui quæſtus aut commodi cauſſa, verum etiam negligentius; eum maiores ſummum admiſiſſe dedecus exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt iudicium non minus turpe, quam furti.* Cuius rei rationem redditurus cum non pauca amplificandi cauſſa oratorie in eam ſententiam diſſeruiſſet, tandem ita concludit, quod totius diſputationis ſummam & rationem continet. *Ergo*, inquit, *turpis hæc culpa eſt, quod duas res ſanctiſſimas violat; amicitiam & fidem. Nam neque mandat quiſquam, niſi amico: neque credit, niſi ei quem fidelem putat. Perditiſſimi eſt igitur hominis ſimul & amicitiam diſſolvere, & fallere eum, qui læſus non eſſet niſi credidiſſet.* Hæc, inquam, ratio ſi recte accipitur, totius huius differentiæ rationem non minus vere, quam commode expedict.

XVII. Eſt ergo in omnibus iudiciis ſuperioribus hoc commune, quod ab eo qui fallit, ex æquo fides violatur. Hoc intereſt, quod in ſuperioribus quatuor [13] violatur

13) Sic Coraſ. 4. *Miſc.* 19. n. 6. Moventur hæc quatuor iudicia non niſi adverſus eos, quorum fidei, initio maxime credidimus, quique inſigniter probos, nec vulgares amicos ſeſe nobis oſtentarunt. Quis enim negocia gerenda, liberos tuendos, rem cuſtodiendam cuiquam mandet, aut cum eo ſocietatem coeat, quem ſuſpicetur, vel improbum, vel ſibi parum amicum. Perditus igitur, & nefarius, qui eum fraudat, a quo ipſe bonus, & amicus exiſtimatus eſt. Ant. Fab. 6. *Coniect.* 17. & ad *L.* 6. §. 7. *h. t.* Cauſſa infamiæ in his iudiciis perfidia ſeu fides rupta.

latur fides data per speciem amicitiæ, & propter hanc ipsam credita: quod est omnium nequissimum; in cæteris non item. Datur nobis fides per speciem amicitiæ, cum alicuius opera indigentes in re aliqua, venimus ad eum tanquam amicum, eius personam sequimur, expetentes in ea re eius operam & fidem: ille suscipit tanquam amicus, quam ob caussam & nos tanquam amico credentes rem nostram illius fidei & amicitiæ committamus. Ac fiunt hæc omnia in mandato; nec solum in mandato, sed etiam in societate, tutela, deposito. Nam & qui mandat, & qui deponit, indiget mandatarii & depositarii opera & fide, ille ad suum negotium perficiendum: hic ad rem suam custodiendam. Et quod huic mandat, aut apud hunc deponit, eo fit, quia eum amicum putat, unde & illi fidem habet. Cum autem is ultro mandatum & depositum suscipit, eadem opera & se amicum esse ostendit; cupere ei gratificari; & rem eius tractare ut suam, quod est amici. Et qui societatem cum aliquo contrahit, easdem caussas habet ad contrahendum; & quod indiget socio ad rem in commune faciendam, & quod alter societatem recipiendo non tantum se amicum profitetur, sed etiam fratrem: ut societas quodammodo ius fraternitatis in se habere dicitur. *L. verum* in pr. *D. pro soc.* In tutela non pupillus quidem committit se tutori; sed committit hunc Respublica ob easdem caussas; & quod gubernatore opus sit pupillo ad rem eius tuendam, & quod ad tutorem ut amicum & virum bonum veniatur. Ac quominus pupillus propter imbellicitatem ætatis & imperitiam rerum se potest defendere, eo detestabilior est tutoris perfidia, si per caussam officii & administrationis susceptæ pupillum spoliet. Pertinet ergo ad superiora iudicia quatuor non solum fides, sed etiam amicitia, seu fides data indigentibus, & data per speciem amicitiæ. Hanc qui in his violat, quam multa ab eo, & quam turpiter peccentur, quamobrem etiam præcipue dignus iudicetur infamia, videamus. Et reperiemus hæc esse. Nam præterquam quod facit aperte contra id, quod recepit, hæc accedunt, quod ad alium fraudandum utitur per summam improbitatem trium rerum occasione, quibus solis contra ad subveniendum excitari debebat; alterius indigentia, eius opinione de sua amicitia, & officii atque amicitiæ ostentatæ simulatione. Etenim eum qui laboret, & egeat nostra opera, sublevare debemus, quod possumus, etiam non rogantem, si homines sumus. Idque omnibus etiam ethnicis natura iudicium est *L. 3. D. de iust. & iure*, *L. servus*, in fin. *D. de serv. exp.* Multo magis, si operam expetat a nobis, & se fidei nostræ tanquam amicorum committat. Omnium maxime, si nos amicos esse ostendimus paratos id facere, quod committebat, ac cupere de eo bene mereri. Ex quo apparet in eo, qui contra hæc faciat, tria hæc concurrere ad summam improbitatem, & nequitiam, primum quod rebus & periculis communibus abutitur ad laboranti nocendum contra omnem humanitatem: deinde quod rebus sanctissimis amicitia atque officio utitur indignissime ad fraudem; postremo, quod decipit eum, qui eius amicitiæ simulatione erectus cavere non potuit. Merito igitur adversus eum qui ista admisisset, ut perdite improbum, veteres iudicia superiora famosa esse voluerunt. Nihil horum in cæteris contractibus omnibus, cum a fide discesseris. Nihil enim in his suscipimus alieni, amicitiæ & officii caussa; sed aut rem eius sequimur, non personam, ac propter rem cum illo contrahimus; aut si quid suscipimus alieni, nostra caussa facimus, non eius qui contulit. Ut in emptione non emimus ab aliquo amicitiam eius secuti, sed rem, quam pretio ab illo consequi volumus. Nec vendimus cuiquam ob aliam caussam, quam ut per rem pretium ab eo consequamur: eadem facturi etsi alienissimi se darent, a quibus rem necessariam, aut pretium rei nostræ auferre vellemus. Sed & in commodato etsi qui commodatum a nobis accipit, beneficium accepit: non tamen accipit dantis caussa, quo quidquam egenti, aut expetenti tanquam amicus præstet, sed sua,

quo

pta. Hæc autem dicitur, non quoties non fit, quod promissum est, sic enim maxime in stipulatione fides rumperetur, sed cum singularis perfidia elucet circa rem alienam, ex qua futurum ut damno afficiatur, qui alterius bonam fidem sequutus. Cum primis vero depositi inficiatio turpissima, & maxime detestanda semper habita. Immo Pisidarum lex fuit. Qui interverterit depositum, capite plectator. Henr. Steph. in *Iur. Civ. font. & rivis p.* 83. Et celebre est Turcarum Imperatoris iudicium, quo in depositum abnegantem capite animadvertit, de quo P. Ærod. *Lib.* 1. *Decretor. tit.* 30 Quin & lex divina, in deposito eminere bonam fidem, voluit, *Ex.* 22. v. 8, vid. Ioach. Steph. 1. *de Iurisd.* 9. n. 34. *& seqq.* P. Greg. 13. *Synt.* 4. n. 5. Et sane depositi caussæ sæpe subitaneæ. Commodans vero instrumento, pignore, aut testibus sibi de securitate prospicere potest. Sicuti & mutuum non fere nisi sub pignoribus vel chirographo acceptodatur, atque ita inficiationi non facile locus, ut Rævard. *ad L.* 42. *de R. I.* Adhæc maior in depositario fides requiritur, quem quis sponte elegit, probitatis fiducia aliis prætulit. Commodatum non ita sponte domini contractum. Qui peteoti, & cuius fidem non adeo probabat, denegare noluit, ut post Alc. 2. *Parerg.* 36. Freher. *Cap.* 11. n. 13. Diss. Cuiac. ut *supra N.* 10.

quo sibi & indigentiæ suæ consulat. Nec qui commodat, ideo commodat, quia egeat ipse commodatarii opera; sed quia illum re sua agere videat. Sed nec qui accipit, ideo de amicitia sua danti quidquam polliceri intelligitur; cum non ideo se amicum probet quisquam, quia beneficium accipit, sed quia aut dat, aut se dare paratum esse ostendit. Eo fit, ut si in commodato quidquam dolo fecerit, qui accepit; nunquam tamen dici possit fraudasse dantem aut indigentia aliqua vel commodo suo dare coactum, aut contra amicitiæ fidem deceptum, quam is nullam accepit. Postremo quod animadversione dignum est, in omnibus aliis contractibus, etiam in commodato, negotium contrahimus principaliter nostra caussa, non quo in eo rem alienam servemus, eamque curæ habeamus, etsi per consequentiam rei gestæ etiam hæc cura nobis imponitur. Ut in emptione, vendimus rem ut pretium consequamur: etsi bona fides a nobis exigit, ut rem venditam interim diligenter custodiamus. In commodato qui accipit, ideo principaliter accipit, ut eo utatur: per consequentiam autem etiam pro beneficio rem diligenter curare cogitur, quo eam reposcenti integram reddat. Ea res facit, ut quod adversus eam curam peccatum erit, nec videatur peccatum contra fidem in eo contractu datam, nedum contra amicitiam ullam susceptam: propterea quod in omni re spectari solet, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. *L. 1. D. de auct. tut.* Mandatum autem, tutela, societas, depositum, sic per caussam amicitiæ atque officii suscipiuntur, ut suscipiantur principaliter alterius caussa, idque ita fore principaliter fides detur, mandatum quidem, tutela, depositum solum alterius caussa; societas autem nostra quidem, sed tamen simul & socii caussa. Ut proinde siquis in bis eam fidem fallat, tum vere dicturi simus eum contra ipsius contractus propriam fidem & præcipuam facere.

XVIII. Atque hæc de civilibus actionibus dicta sunt, dum hoc quæritur, quæ in his sint famosæ, sive ex delicto sint, sive ex contractu. Criminalia iudicia ne sic quidem famosa omnia. In his ad hanc quæstionem hæc distinctio observanda est. Quædam sunt publica; quædam ita non publica, ut sint de eo crimine, quod in iudicio publico admissum est; quædam neque publica, neque de eo crimine, quod ad iudicium publicum pertineat.

XIX. Primum genus, quod publici iudicii est, totum est famosum: & ut Macer definit, Infamem ex omni crimine sententia facit, quod publici iudicii est, seu quod publici iudicii caussam habuit. Nihil de hac parte cautum edicto de infamibus, sed exstat definitio in *L. infamem, D. de public. iud.* ut verisimile sit de eo cautum fuisse aliqua lege aut constitutione, unde definitionem superiorem tanquam rem iuris certi Macer sumpserit. Quæ iudicia sint publica, traditur in *L. 1. D. de publ. iud.*

XX. Alterum genus, quod est de iis criminibus, quæ publici iudicii non sunt, sed in publico iudicio admissa sunt, & ipsum totum famosum est, id quod species indicabunt. Sunt autem huius generis crimina hæc tria, [14] calumnia, prævaricatio, tergiversatio. Calumnia est, falsa crimina intendere scientem dolo malo. Prævaricatio, colludere cum adversario perdita caussa sua. Tergiversatio, desistere ab accusatione. *L. 1. in prin. D. ad Turp. L. 3. D. de prævaric. L. 4. §. ult. D. de his qui not. infa.* De his ita ius est; qui

14) Qua de re consule Freher *Lib. 3. de Infam. Cap. 6. toto.* Æquum vero, ut qui alteri inurere infamiam per calumniam conatus, eam ipse incurrat *L. ult. C. de calum.* Cic. *Divinat. Nulla salus, ait, Reipublica maior, quam eos, qui alterum accusant, non minus de laude, de honore, de fama sua, quam illos, qui accusantur, de capite ac fortunis suis pertimescere. Itaque semper ii diligentissime, accuratissimeque accusarunt, qui seipsos in discrimen existimationis venire arbitrati sunt.* Cæterum huc refert Freher. *d. Cap. 6. n. 4. & seq.* Delatores, qui nempe fisco commissa nunciabant. Qui si probassent, indicinæ ipsis præmium quarta pars, unde quadruplatores dicti: sin minus, variis pœnis affecti, maculaque hac aspersi *L. 3. L. 5. C. de delat.* de quibus Cuiac. *19. Obs. 3. & 5. Sent. Pauli. 6. & ad d. tit. Codic.* Briss. *3. Antiq. 17.* Menoch. *de Arb. iudic. Quæst. Cas.* 198. Alberic. Gentil. *ad L. 3. C. de malef. & mathem.* Plane aliquando ex temeritate litigandi, vel perverso iudiciorum usu, infamia sequitur, damnatum in caussis aliis, quæque ad has classes a Donello hic positas referri vix commode possunt. Itaque infames fiunt tum litigatores si vel sibiipsi ius dicant, ut si quis moribundum molestet, rebusve eius signacula imponat. *Nov. 60. Cap. 1. in fin. princ.* aut si funus detineat, *d. Cap. 1. §. 1. aut item qui C. de sep. viol.* vel lites alienas vexandi caussa redemerint, per *L. un. in C. de his qui potent. nom.* aut iis assidue delectentur, argum. *C. similiter 10. C. nullus 11. cau. 3. Quæst. 5.* Freher. *Cap. 12. n. 1.* Item si qui appellavit, & refutatorios tulit, non destitit appellationem prosequi, & succubuit *L. 19. v. notatos,* ubi Goth. *C. de Appell.* Freher. *d. Cap. 12. n. 10.* Aut si supplicaverit pro rescissione sententiæ, appellatione omissa *L. ult. C. Ut lit. pend.* nisi hic potius ipso iure infamis, in quod proclivior sum: tum iudices si pretio corrupti gratiosam sententiam dixerint, Freher. *Cap. 14. n. 2.* si in eadem caussa, quis advocatum egerit, Freher. *ibid.* per *L. ult. §. C. de assess.* quæ tamen infamiam nominatim non infligit. Si acta mutila principi ediderint *L. 15. C. de appell.* Si exsecutionem militum interdictam præbuerint *L. 5. §. 1. C. de iurisdict. L. 15. C. de re milit.* Si decurionem tormentis subiecerint *L. 33. C. de decur.* Si violentiæ crimen, iusta pœna non coercuerint *L. 8. in fin. Cod. ad L. Iul. de vi publ.* Si denique iniurias studiosis factas non vindicaverint. Sed hic ipso iure *Auth. habita C. Ne fil. pro patre.* Freher. *d. Cap. 14.* Tum advocati & Procuratores, ut si parti patrocinium negarint, nec iussui iudicis paruerint, si recte Freher. *Cap. 13. n. 1.* si maledici, vid. *supra Cap. 3. N. 47.* aut de quota litis pacti *d. Cap. 3. N. 49.* aut prævaricati fuerint, Freher. *d. Cap. 13.*

qui his criminibus damnatus erit, cum hæc in iudicio publico admisisset, etsi maxime damnatus sit non iudicio publico; tamen damnatum infamia notari. De calumnia & prævaricatione si quis quid eorum in iudicio publico fecisse iudicatus erit, comprehensum est edicto prætoris de infamibus in *L.* 1. in princip. *D. de his qui not. infam.* De tergiversatione iudicii publici, seu de eo qui crimen iudicii publici deseruisse indicatus est, traditum in *L. spurii*, §. *qui iudicii*, *D. de decur.* *L.* 1. *C. ut int. certum tem. cri. quæst. ter.* Et tamen sunt hæc omnia crimina huiusmodi, ut quanvis in iudicio publico admissa sint; sit tamen de his iudicium non publicum. De prævaricationis, item tergiversationis iudicio traditum in *L.* 3. *D. de præv.* De calumnia inde intelligimus, quod dicitur calumniatoribus pœna lege Remmia irrogari, *L.* 1. §. 1. *D. ad Turp.* Hæc enim lex inter leges publicorum iudiciorum non numeratur in *L.* 1. *D. de pub. iud.* Sed satis est ista in iudicio publico admissa esse, ut quanvis de his iudicium publicum non sit, tamen eum ex his damnatum sequatur infamia. Neque de calumnia & prævaricatione verba edicti quidquam amplius exigunt Sic enim verba sunt: *qui in iudicio publico calumniæ, prævaricationisve caussa quid fecisse iudicatus erit.* Non dicit prætor, qui iudicio publico; sed qui in iudicio publico, ut appareat prætorem hoc dicere, notari infamia, non eum qui iudicatus erit iudicio publico, sed qui iudicatus erit quid eorum fecisse in iudicio publico. Potest quidem, qui calumniatus est in iudicio publico, eodem iudicio calumniæ damnari. *L.* 1. *C. de calumn.* Potest & de prævaricatione iudicium esse publicum. *L. d. L.* 3. *D. de præv.* Sed de his prætor non loquitur. Primum verba repugnant, ut ostendi. Sed magis edicti sententia. Nam si prætor in ea clausula intelligi vellet de iis qui istarum rerum nomine iudicio publico damnati essent, male infamiam publici iudicii inclusisset inter has duas species criminum: cum generaliter definire deberet omnes quovis crimine iudicii publici damnatos esse infames, ut est regula Macri in *d. L. infamem*, *D. de pub. iud.* Constet hoc igitur, calumniæ, prævaricationis, tergiversationis caussa damnatos quanvis iudicio non publico; dummodo ideo damnati sint, quia quid fecerint in iudicio publico, infamia notari, & ad hoc genus secundum pertinere.

XXI. Sed videamus, ne ita interpretantibus nobis obstet Macri regula, quæ exstat in *d. L. infamem*, *D. de publ. iud.* Is enim ita definit nullum criminale iudicium infamiam irrogare damnato, nisi aut crimen publici iudicii sit, aut sit ex ea actione, quæ etiam in privato iudicio infamiam condemnato importet. Atqui fatemur superiorum criminum iudicia publica non esse. Neque porro de calumnia, prævaricatione, tergiversatione in iudicio publico ab accusatore admissa ulla est privata & pecuniaria actio; aut si qua est, ut interdum adversus calumniatores, ea non est famosa. *L.* 1. *D. de calum.* Quare aut hæc iudicia ex superiore regula Macri famosa non sunt, aut intelligere oportet eum, qui ex his caussis damnatus sit in iudicio publico, atque adeo damnatus iudicio publico. Et esset sane ita, si id crimen quod Macer in sua definitione publici iudicii esse, seu publici iudicii caussam habere dicit, id solum intelligeremus, quod accusatur & damnatur iudicio publico: qualia certe non sunt superiora crimina, cum de his instituuntur separatim accusationes. Sed crimen iudicii publici, seu iudicii publici caussam habens recte dicitur duobus modis. Uno, si de crimine ipso iudicium publicum est: de quo convenit. Altero, si crimen ad iudicium publicum pertinet; seu si ex iudicio publico caussam & originem habet, ut pote in eo iudicio admissum. Quo sane sensu recte dixerimus superiora iudicia tria publici iudicii esse, quanvis de his actum sit & sententia lata iudicio non publico. Proinde & illud recte etiam ex regula Macri, superioribus iudiciis damnatos sive in iudicio ipso publico damnati sint, sive alio non publico, esse infames. Cum autem nisi hoc sensu definitio Macri defendi & ad superiora iudicia aptari non possit; necesse est crimen iudicii publici in ea definitione utroque isto modo accipi, siquidem eam cum aliis partibus iuris congruere volumus: quod & faciendum est, ut vitio careat. *L. in ambigua*, *D. de legib.*

XXII. Tertium genus criminalium iudiciorum esse diximus id, quod de iis criminibus est, quæ neque iudicio publico damnantur, neque admissa sunt in iudicio publico. Id vero non statim famosum. Huius generis iudicium quoddam militare est, constitutum adversus milites; quoddam non militare, constitutum adversus paganos. Militare iudicium ex hoc genere unum famosum, missio ignominiosa; si quis ab exercitu ignominiæ caussa ab Imperatore, eove cui de ea re statuendi potestas

testas est, dimissus erit; de quo comprehensum est edicto statim in principio *L. 1. D. de his qui not. inf.* Intelligitur autem quis mitti ignominiæ caussa, cum is qui mittit, aut addit [15] nominatim ignominiæ caussa se mittere; aut militem exauctorat, id est, [16] insignia militaria ei detrahit. *L. 2. §. ignominia, D. eod.* Non militare iudicium criminale, quod neque publicum sit, neque de crimine ad iudicium publicum pertinente, id est, de quo exstat definitio Macri in *d. L. infamem, D. de pub. iud.* Sic autem ille definit: *ex eo crimine quod publici iudicii non fuit, damnatum infamia non sequitur, nisi id crimen ex ea actione fuit*, id est ex ea caussa agendi, *quæ etiam in privato iudicio*, id est in civili & pecuniario, *infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum*. Est autem hæc sententia; ex eo crimine quod publici iudicii non est, damnatum ita demum infamem fieri, si de eo crimine duæ sint actiones, civilis, & criminalis; civilis autem eiusmodi, quæ infamiam irroget damnato. Videndum igitur, quæ huiusmodi crimina & iudicia sint, ut certo statui possit hæc famosa esse, cætera non esse. Et ne in quærendis his iudiciis anxie laboretur, ea sex esse competentia: furti, iniuriarum, expilatæ hereditatis, sepulchri violati, suspecti tutoris accusationem, & stellionatum interdum. Furti itemque iniuriarum criminaliter agi posse constat *L. ult. D. de fur. L. ult. D. de iniur.* Sed & maxime expilatæ hereditatis nomine, cum in toto Titulo *Expilatæ hereditatis, D.* nihil nisi crimen expilatæ hereditatis & accusatio nominetur. Et violati sepulchri suum crimen est, in quod etiam legibus Romanis severe vindicatur. *L. sepulchri, 8. L. ultim. D. de sep. vio.* Quanvis hæc crimina publici iudicii non sint, dicemus tamen ex his damnatos inter infames haberi; eiusque rei nobis indicium hoc erit ex regula superiore, quod etiam de his privatæ sunt & pecuniariæ actiones, quæ in privato iudicio infamiam irrogant damnato. De furti & iniuriarum actione constat: de quibus etiam diserte cautum est edicto de infamibus. *L. 1, D. de his qui not. infa.* De eo qui expilavit hereditatem, hunc damnatum eo nomine infamiam subire generaliter & sine distinctione actionis scriptum est in *L. si te, C. ex quib. cau. infa. irro.* Et de sepulchro violato privata & pecuniaria actio, constituta est edicto prætoris. *L. 3. D. de sep. vio.* atque hanc irrogare infamiam scriptum est in *L. 1. D. eod.* Cum gravius

15) Alias secus, etsi princeps dimiserit *d. L. 2. princ. vers. etsi princeps*, ubi male Hot. 7. *Obs.* 16. pro *&* reponit *nec*, quia alias, ait, ratio dubitandi nulla. Nam imo ipse Ulpianus dicit: *non dubitabis*. Est tamen aliquod saltem dubium, in eo, quod & is dicitur ex edicto prætoris notatus. At obstat *L. 13. §. 3. in fin. de re mil.* resp. A. Aug 2. *Emend.* 5. pro *nihilominus*, *nihilomagis* substituens sententiam invertit, & pervertit, cum ipsa series præcedentium correctioni resistat. P. Fab. 1. *Semestr.* 17. *sub fin.* accipit *d. §. 3.* quando per errorem obliviononve, aut brevitatis, aliave caussa verba solemnia *ignominiæ caussa* omissa, si tamen delictum, quod missioni caussam dedit, sive commune, sive militare sit, palam probatum fuerit. Et sic fere Ant. Fab. *ad d. L. 2. §. 2.* esse necessariam expressionem caussæ, id est criminis, ex quo pendet ignominia *d. §. 2.* non verborum, ignominiæ caussæ, & Pac. 2. *Quæst.* 18. Freher. *Cap.* 15. *n.* 14. Et ita statuendum videtur, quod non fiat infamis ita missus, nisi aut insignia detracta, aut formula hac, *ob eas res ignominiæ caussa, ab exercitu meo te removeo*, qua apud Hircium seu Oppium (aut quisquis auctor Librorum eorum, qui Cæsari falso tribuuntur) *Lib. 1. de bello Afric.* usus qui dimisit *d. L. 2. §. 2. h. t.* aut delictum eiusmodi missioni caussam præbuit, quod alias famosum, sententia reddit *d. L. 13. §. 3.* Nam & hoc ipsum probat *d. L. 2. §. 3.* ubi adulterii damnatum ipsa sententia, sequitur hæc missio cum infamia.

16) Ubi arma primum, dein, sagulum militare deponere iubebatur, ac discinctus, vestibus militaribus exutus, & nudatus quasi in exilium ire cogebatur, ut ex Sueton. *in Vitell. Cap.* 10. Liv. *Lib.* 27. Dione *Lib.* 49. probat P. Fab. 1. *Semestr.* 17. *pag.* 109. *& seq.* add. Briss. 2. *Antiq.* 7. Plane verba *id est &c.* in *d. §. 2.* non explicant, sed coarctant latiorem exauctorandi significationem, P. Fab. *d. loc.* Exauctorationem enim realem arguunt, cum alia sit verbalis, non ignominiosa *L. 4. §. 8. in fin. de re mil. L. 1. C. Qui mil. poss. Lib.* 12. *L.* 29. *D. de lib. cap.* Pac. 2. *Q.* 19. Cuiac. 27. *Obs.* 8. Freher. *Cap.* 15. *n.* 7. Cæterum supine loquitur noster, dum dicit *unum delictum militare famosum, missio ignominiosa*. Missio enim hæc non est delictum militare, sed pœna *L. 3. §. 1. de re mil.* Nec unum, sed plura militaria delicta, missionem, & ignominiam merentia, quæ fuse persequitur P. Ærod. *Lib.* 10. *Pand. rer. iudic. tit. 5. & seqq.* ref. Freher. *d. Cap.* 15. *n.* 11. Et exempla *L. 6. §. 7. L. 13. §. 4.* ibi veteres notaverunt *d. L. 13. princ. L. 16. C. de re mil.* Ac certe de delictis militaribus quibus capitis pœna præstituta est, si quacunque ratione eam evitare contigerit, damnatos famæ labe aspergi rationis est. Sic infame delictum contra sacramentum militare (de quo Durant. Casell. 1. *Variar.* 8. Briss. *Lib.* 3. *Formul. initio & 2. Antiq.* 6. ac ex eo, non laudato auctore, Goth. *in L. 2. de veteran.*) clypeum ac arma abiicere, vexillum amittere, fugæ & formidinis caussa, ordinem deserere *L. 2. §. ult. de capt. & post. L. pen.* verbo *notatus de re mil. Cap. infames. Cap.* 6. *Q.* 1. Confer Platonem *Dial.* 12. *de LL.* Coteræ. *Lib.* 3. *de iure mil. Cap. 9. &* 10. Olim & detrectatio militiæ, grave crimen habitum, nec famosum modo, Cic. *Philipp.* 7. Ignominia notandos censuerunt eos, qui militiam subterfugissent, sed & quod libertate privaret, Cic. *pro Cæcinna L. 4. §. 10. de re mil.* ubi ab eo recessum dicitur. Missio vero hæc non militibus tantum gregariis convenit, sed omnibus a milite caligato, usque ad centurionem præfectum cohortis, & ipsum militiæ ducem *L. 2. princ. hoc tit.* Ubi caligatus dicitur vilior, & inferioris ordinis, a caliga, calceamenti genere, de quo vid. Briss. 2. *Antiq.* 5. & quæ ex eo ad verbum, tacito auctore, excripsit Goth. *in L. 9. de custod. reor.* add. Ioseph. Castalio *Decade 2. Obseq. in Criticos Cap. 4. & 5.* Marcell. Donat *Dilucid. ad Sueton. in August. Cap.* 25. Ant. Fab. *ad d. L. 2. princ.* caligatos dici vult, ad differentiam tyronum, & eorum, qui lecti quidem, sed necdum in ordinem recepti, quia nondum admissi, non dici possunt dimissi. Sic autem admissi neque Romæ, neque in sacro comitatu, seu ubi Imperator est, agere possunt *L. 2. §. 4. hoc tit. L. 13. §. 3. de re mil.* indeque a tutelis urbicis illis excusatio *L. 8. §. 9. de excus.* Cl. Coteræ. *de Iure mil. Lib. 3. Cap.* 14. alias morandi eis ubi velint potestas *L. 3. Cod. de re mil.* præterquam locis, in quibus specialiter arguentur, id est ubi delictum, cuius gratia missi, admiserunt. Etsi Cuiac. *in d. L. 3.* pro *arguentur*, legat, *arcentur*, Sed ita dicendum esset, *a quibus*, non, *in quibus &c.*

vius iudicium esse oporteat de crimine, quam cum agitur de pecunia: absurdum sit dici ex his caussis quemquam privata actione damnatum infamia notari: damnatum autem ex iisdem caussis criminali iudicio, infamem non esse. Suspecti totoris postulatio cum sit accusatio, quin sit criminis accusatio, dubitari non debet. Ex hac accusatione remotum tutorem, si ob dolum remotus est, infamem esse placet. §. *suspectus autem remotus, Inst. de accusat.* An quod hic crimen publici iudicii est? Nihil minus; cum nemo hic accusetur ex iis legibus, quæ dicuntur esse publicorum iudiciorum. *L.* 1. *D. de pub. iud.* ut necesse sit hic privatum iudicium esse, & ad regulam Macri pertinere, si vera est. Et certe pertinet. Nam quam ob caussam instituitur adversus tutorem suspecti accusatio, ex eadem caussa est & adversus eum privata actio tutelæ, quæ in privato iudicio infamiam irrogat damnato tutori, ex edicto *L.* 1. *de his qui not. inf.* Accusatur suspectus tutor ob tutelam perfidiose aut negligenter gestam. *L.* 3. *§. ult. D. de susp. tut.* Et iisdem de caussis cum eo tutelæ agitur. Non agitur quidem tutelæ, nisi tutela finita. *L. nisi. D. de tut. & rat. dist.* Sed nec tutor suspectus postulatur, nisi cum tutela suspecti tutoris eo loco est, ut pro finita habeatur: certe non ob aliud agitur, nisi ut talis declaretur.

XXIV. De crimine stellionatus plusculum difficultatis est, cum quæritur, sitne famosum, an non sit. Nam de eo exstant duæ Ulpiani definitiones diversis locis traditæ, dissentientes inter se, ut videntur, atque adeo contrariæ. In una scribit stellionatus crimen infamiam irrogare damnato: hæc exstat in *L. quid ergo, §. ult. D. de his qui not. infam.* In altera negat stellionatus crimen esse famosum, etsi coercitionem extraordinariam habet. Hæc in *L.* 2. *D. stellion.* Sed de his postea. Ante, qoid de eo statuendum sit ex regula Macri, videamus. Ex qua etiam facilius quid de superioribus sententiis recte dici possit, intelligetur. Et regula Macri nos admonet dici debere crimen stellionatus interdum famosum non esse, interdum esse. Famosum non est, si stellionatus nomine agitur ex ea caussa, quæ in iudicio privato de eadem re infamiam non irrogat damnato. Id autem accidit, si proponas stellionatum admissum esse in iis contractibus, quorum actiones privatæ non sunt famosæ: puta in pignore dando, aut in venditione: finge aut debitorem rem alienam vel alii obligatam scientem prudentem creditori suo pignori dedisse, aut venditorem ignoranti emptori vendidisse. Uterque eodem facto incidit in stellionatum. *L.* 1. in fin. *D. de pign. actio*, *L.* 3. *D. stellion.* Sed si ex eo crimine conventus condemnatus erit, neuter erit infamis, dictante Macri regula: quia ex eodem facto privatæ sunt actiones, quibus illi tenentur eodem nomine: adversus debitorem quidem pigneraticia contraria, adversus venditorem autem ex empto. *d. L.* 1. *de pigner. actio. L. tenetur, §. ult. D. de action. empt. L. ea quæ, D. de contr. empt.* ac neutra earum famosa, ut supra effectum est. Contra crimen stellionatus ex eadem regula famosum erit, si quando ob id factum etiam erit privata actio, quæ damnato infamiam importet: quod & ipsum rursum interdum accidit. Atque id tum futurum est, cum privata actio quæ eo nomine competitura est, solum erit actio de dolo: qoam edicto notari constat. Id autem sic eveniet retentis iisdem exemplis superioribus, si proponas debitorem istom, quem dixi, aut venditorem, adhibuisse impostorem aliquem tertium, qui fraudem dissimulans quasi qui de improviso interveniret, mentiendo affirmaret persuaderetque creditori debitorem istum esse hominem idoneum facultatibus; rem quam pignori dabat, scire se esse eius, ut & alias possideret innumeras; aut eadem affirmaret venditori in caussa emptionis. Inest in hoc quoque facto impostoris stellionatus: estque is impostor ex genere eorum, quos dicit Ulpianus imposturam fecisse, vel collusionem in necem alterius. *d. L.* 3. vers. *item si quis, D. stellion.* Quid ergo si eo nomine accusatus condemnatus erit? Dicemus præter pœnam qua extra ordinem plectitur, etiam famosum esse: quia eodem nomine tenetur privata actione de dolo, ut est in *L. quod si cum*, 8. *D. de dolo*, hæc autem sine dubio etiam in iudicio privato infamiam irrogat. Cur autem hic actio de dolo adversus impostorem potius, quam adversus superiores? Quia adversus eum nulla est alia actio. Non enim tenetur pigneratitia actione, qui pignus non dedit; non ex empto, qui non vendidit. Et hæc quidem definitioni Macri convenientia sunt, & si illam recipimus, vera.

XXV. Iam qui conveniant superiores definitiones Ulpiani, ac potius qui consentiant ipsæ inter se, consideremus. Et ambas superiori distinctioni adversari, atque adeo se ipsas mutuo oppugnare putaremus, si essent ambæ scriptæ generaliter. Quod si ita accipi possunt, ut non

negent,

negent, quin stellionatus crimen aliquando famosum sit, aliquando non sit; veræ sunt ipsæ per se definitiones, & in his cum regula Macri, & superiore distinctione omnia congruunt. At tales sunt superiores definitiones Ulpiani. Ille in *L.* 2. *stell.* ita definit: stellionatus iudicium famosum quidem non esse, sed coercitionem extraordinariam habere. Et hoc verum est, neque ideo generaliter de omni stellionatus iudicio definitum. Sic enim accipiendum, ut stellionatus iudicium ipsum per se & sua natura non sit famosum. Idque ita se habet. Nam si sua natura esset famosum, tale esset per omnia: quod non ita est. Sed accedentibus illis circumstantiis facti, quæ efficiant eundem nomine privatam actionem famosam, tunc & ipsum famosum esse incipit: non propter se, sed propter caussam: quæ si in privato iudicio infamiam irrogat damnato, plusquam absurdum est, ut ante dixi, non idem efficere eam in iudicio stellionatus criminali. Ita iam non impedit superior definitio, quominus dicamus stellionatus iudicium aliquando esse famosum; etsi ex ea fatendum est non semper id tale esse. Iam videamus, num hoc posterius mutet illa altera definitio Ulpiani, quæ crimen stellionatus famosum esse statuit. Reperiemus ne hanc quidem id mutare, quasi sine exceptione id crimen famosum esse constituat. Sic ille scribit in *L. quid ergo*, *§. ultim. de his qui* not. inf. *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quanvis publicum non est iudicium*. Bene Duarenus negat hanc definitionem esse generalem *Lib.* 1. *Disput. c.* 42. Qualis ergo est? apparet accommodatam esse ad eam speciem dumtaxat, in qua dicatur iudicium stellionatus iure famosum esse debere, sed a quibusdam ideo negetur, quod dicant id publicum iudicium non esse. Occurrit Ulpianus, & non recte colligi ait, quia publicum iudicium non sit crimen stellionatus, ideo infamiam non irrogare. Immo irrogat infamiam damnato, quanvis iudicium publicum non sit, ut accidit in innumeris aliis actionibus non tantum criminalibus, sed etiam civilibus & pecuniariis. Quod qui dicit, non significat ubique esse famosum: sed si quando tale videatur, ut iure famosum esse debeat, non obstare, quominus id recte dicatur, quod iudicium publicum non est. Hoc vere Duarenus, etsi neque explicat pluribus, & probatio huius sententiæ illi laborat. Citat enim hunc locum Pauli ex *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* unum ex argentariis sociis non posse paciscendo alteri nocere: nam nec novare alium posse, quanvis ei recte solvatur. Quæ sane oratio ad id probandum de quo quæritur, minime congruit. Nam & negativa est, & quod interpretationem superiorem oppugnat, est generalis: verum est enim sine exceptione unum ex sociis argentariis novare nunquam posse invito altero, quanvis ei recte solvatur. Sed accommodatissimum superioris sententiæ exemplum est in *L. qui manus*, *D. qui testa. fac. pos.* Nam & illic affirmativa oratio est, temperata eadem adversativa *quanvis*; & re eiusmodi est, quam omnes intelligere possunt generaliter accipi non debere. Est autem definitio Pauli hæc, *Qui manus amisit, testamentum facere potest, quanvis scribere non possit*. Hanc vero orationem non esse generalem perspicuum est, quasi diceretur, omnem qui manus amisit, testamentum facere posse. Quid enim, si pupillus manus amiserit? quid, si amiserit prodigus? quid, si furiosus? quos omnes constat testamentum facere non posse etiam si manus habeant, nedum si amiserint: impediantur enim alia re longe graviore, ne possint, quam omissa scribendi facultate. Qualis ergo est illa definitio superior? Accommodata est non ad omnem qui manus amisit; sed ad eum, in quo cum cætera ad ius testandi concurrant, solum hoc desit, quod scribere non potest, & dubitatur, an propterea testamentum facere non possit. Ad quam dubitationem in ea specie removendam Paulus ita definit, eum qui manus amisit, si cæteris rebus capax sit testandi, non eo minus testari posse, quia manus amisit, quanvis scribere non possit. Sciamus igitur & posteriorem illam Ulpiani eadem figura verborum per omnia conceptam, eamdem vim & significationem habere. Quod si verum est, habet illa eam sententiam, qua fateri quidem cogamur stellionatus crimen famosum esse; verumtamen non ita, ut necesse sit intelligi id semper esse famosum, sed sufficiat id aliquando tale esse accipi. Quocirca si qua est distinctio iuris certi, qua fiat, ut crimen stellionatus interdum famosum sit, interdum non sit; sic est utraque definitio Ulpiani de hoc crimine & prior & posterior, ut cum generalis non sit, utraque eam distinctionem nobis liberam relinquat, utraque etiam ei subservire debeat. Distinctionem autem istam esse, & eam iuris certi ante ostendimus. Quare & ad hanc ipsam definitiones illas accom-

accommodare debemus [17] Idque eo magis faciendum est, quod nisi id fit, contrariæ erunt ipsæ inter se eiusdem auctoris definitiones: vitium non aliunde quam ab imperitia iuris profectum. Quod vitium in Ulpiano iurisconsulto alioqui peritissimo iuris, & in primis considerato scriptore nullo modo admittere debemus.

XXVI. Non retuli in hunc numerum crimen vi bonorum raptorum; non quod de vi bonorum raptorum criminali iudicio damnatus non fit infamis, quem etiam privato iudicio damnatum infamem esse constat ex edicto *L. 1. de his qui not. inf.* sed quia de vi criminaliter damnatus damnatur iudicio publico. Est enim lex Iulia de vi una ex legibus publicorum iudiciorum. *L. 1. D. de pub. iud.* Ideo exemplum quatenus aperte de vi agitur, ad hoc genus tertium postremum non pertinet, in quo de iudiciis criminalibus non publicis agimus. Plane sic iudicium de vi bonorum raptorum ad hoc genus pertinere potest, si quis adversus raptorem non tanquam raptorem agat, sed tanquam furem; furtum accuset, non vim: quod potest: nam & raptor fur est improbior. Qua ratione defendi potest exemplum iudicii vi bonorum raptorum, quo Macer utitur in superiore genere postremo explicando in *d. L. infamem, D. de publi. iudic.*

XXVII. Hactenus caussæ secundi generis Infamiæ, idest, eius, quæ sententia irrogatur: non ipso iure. Quæ caussæ cum ex iudiciis, quæ de his constituta essent intelligerentur, ideo orationem ad iudicia conferentes huc usque ea persecuti sumus, ostendimusque in singulis, quæ famosa essent, quæ non famosa. Sed quæcunque hæc iudicia sunt, quæ famosa ob suas caussas esse diximus, hæc ita demum infamiam ob sententiam inferunt, si sententia secuta sit, qua quis his iudiciis [18] damnatus

17) Ita & conciliant Ioh. Accurs. *in d. L. 13. §. ult.* Baro *ibid.* Cuiac. 10. *Obser.* 26 Rob. 4. *Sent.* 17. Henric. Salmuth. *ad Pancirol. Memorab. Lib. 1. Cap* 54 *pag.* 64. Menoch. *Arb. Cas.* 381. Et recte. Quod nove confirmo ex *L. 2. Cod. de crim. Stell.* ubi Pater, a filio, stellionatus crimine petitur, in specie tamen ea, qua actio civilis non infamaret. Necesse igitur, famosum hoc iudicium non esse. Ac facit *L. 3. §. pen. hoc tit.* verbis: *pœna nulla legitima*. Etsi sciam multis contra niti Ant. Fab. 4 *Coniect.* 2. cuius rationes hæ: (1) quia Ulpianus utrobique indistincte loquitur (2) interdum nulla civilis actio concurrit, ut *L. 3. §. 1. vers. item si quis imposturam D. Stellion.* (3) Etiamsi non concurrat actio civilis famosa, semper tamen dolum adnexum habet (4) quod in privatis est de dolo actio, id in criminibus stellionatus persecutio *L. 3. §. 1. Stellion.* De dolo autem actio semper famosa. Ergo Nec obsistere ait *d. L. 7. de public. iudic.* Quippe ibi tradi regulam generalem. Exinde excipi Stellionatum *d. L. 13. § ult.* Ratio exceptionis, quia ad exemplum actionis de dolo inducta. Denique infert in *d. L. 1.* superesse negationem, eaque refecta dubium penitissime tolli censet. Sed & Freber. *de Infam. Cap.* 10. *n.* 5. semper infamare sentit, quia talem habeat coercitionem, quæ & genere pœnæ infamet, opus metalli, relegationem, ordine motionem *L. 3. §. pen. d. t.* Unde ipseque vulgatam nova, lectionem mutans, pro *famosum*, substituit *publicum*. Denique Bocer. *in Disquisit. de concil. huius antinomia* subiecta *tractatui de crim. læs. maiest. pag.* 243. *& seq.* famosum in *d. L. 2.* interpretatur publicum, quia ibi famosum, & extraordinarium opponuntur ut species disparatæ. Publicum autem iudicium species opposita tum privato, tum etiam extraordinario: *L. 3. de extr. crim. &c.* & quia famosum quoque dicitur, quod celebre, & clarum, & denique, quia alias vitiosa segregatio, cum omnis coercitio extraordinaria damnato infamiam irroget. Marc. Lycklama *Lib. 1. Membran. Ecloga* 10. §. 3. non pro *non solum* accipit in *d. L. 2.* ut significetur, non sufficere huic crimini expiando infamiam, sed præterea extraordinaria coercitione opus esse. Sed in hac expositione non perstat eod. *Lib. Eclog.* 21. Aliter Martin & Bulgar. *in d. L. 13. §. ult.* non esse famosum ex se, & sui natura ipso iure *d. L. 2.* sed infamare per sententiam *d. L. 2.* Quæ conciliatio etsi certissima videatur Boecero *d. Disquisit. p* 240 *& seq.* rem tamen non expedit, cum nec ex ullo crimine alio, etiam publico, infamia ipso iure irrogetur, extra caussas *Cap. præcedentis*. Probabilius aliquanto Gilb. *Reg.* 1. *Enunt.* 3. cum extraordinaria pœna ingeratur, infamare ita demum, si iudex hoc ipsum sententia comprehenderit, seu nominatim infamiam adiecerit, & fere Pac. 2. ℚ 27. Quod reprobat Bocer. *d. loc. p* 238. quia infamia, ex arbitrio iudicis non pendet. Peius vero Lonot. *de Iur. Arte Tr.* 7. *de Existim. Axiom.* 5. non esse famosum ex ipsa apprehensione, ut delicta publica (falsum hoc) sed ex damnatione. Sed, ut ante dixi, a distinctione Donelli nostri aliorumque, quam crebrius probatam fatetur Bocer. *d. loc. p.* 231. non recedo. Nam rationi (1) Fabri satis hic a Donello occurritur. Ad (2) resp. negando consequentiam: nam etsi quis id largiatur, non ideo eo casu famosum esse obtinuerit, cum ad id *d. L. 7. de publ. iud* concursum cum actione civili famosa exigat. Ad (3) resp. Non semper dolum infamia coerceri, neque in civilibus, neque in criminalibus. Ad (4) resp. *d. L. 3 §. 1.* ut præcedentia arguunt, hoc tantum vult, quod stellionatus persequutio, æque subsidiarium sit remedium, ut actio de dolo. Non adeo vero hæc in omnibus comparantur. Nam certe actio de dolo ordinaria est; stellionatus extraordinaria, Cuiac. 10. *Obs.* 26. Ad obiecta Freheri resp relegationem, & ordine motionem, infamiam non infligere, etsi ita quoque velit Bocer. *d. loc. pag.* 233. contra *L. 22. D. L. 16. C. hoc tit. & sim.* Deinde sæpe etiam leviori pœnæ locum esse. *Famosum* vero, exponere *publicum* incongruum, cum hæc utique non æquipolleant. Sed nec acceptio famosi pro celebri & noto, & si insolens non sit, vid. *supra Cap.* 6. *N.* 3. hic conveniet, ut ostendit Rob. 4. *Sent.* 17. Minus dandum Bocero *d. loc. pag.* 235. contendenti omni extraordinario crimine damnatum, infamiam sustinere: Nam nec LL. ab eo adductis hoc probatur, ac regula *d. L. 7.* directo adversatur. Sed de hoc satis.

18) *L. 4. §. 4. L. 19. D. hoc tit. L. 7. de publ. iudic.* ibi: *infamem sententia facit*. Nec delatio sufficit aut accusatio, etsi interim ab honoribus repellat *L. 7. princ. de muner.* Pœna enim non nisi nocens afficitur, qui an sit, ex sententia constat, Freher. *Cap.* 5. *n.* 11. Nec carcer aut vincula notant *L. 1. C. hoc tit. L. 1. C. Gregor. de postul.* Proprius enim eorum usus custodia, non pœna, Cuiac. *ad L.* 216. *de V. S.* A. Gentil. 2. *Lect.* 10. Delrio *ad L. transigere n.* 45. *& seq.* P. Gregor. 31. *Synt.* 33. Quanquam olim servorum existimationi obessent, ita ut manumissi fieri non possent cives, aut Latini, sed dedititii. Nisi iis catenas non solverent, sed securi inciderent, vel abrumperent. Quod Iosepho a Vespasiano contigit: vid. Cuiac. 15. *Obs.* 7. Nec tortura *L. 14. C. h. tit.* quæ immo tolerata purgat indicia, ac innocentiæ testimonium perhibet, Freher. *d. Cap.* 5. *n.* 14. Quanquam eidem *n* 16. verba *ob crimen quæstione habita* suspecta sint, tum quod, in *C. Gregor. L. 2. de postul.* absint, tum quod aliis rescripti verbis vix conveniant. Quomodo enim sententia potuit præcedere quæstionem per tormenta. Quo facere videtur, quod de liberis hominibus quæstiones haberi leges Romanæ vetuerunt, Sallust. *in Catil.* Unde Cic. *in Partit.* acerbissimum dicit, quod apud Athenienses, & Rhodios etiam liberi torquerentur, Alb. Gentil. *ad L. 7. C. de malef.*

tus sit, & damnatus suo nomine, quæ omnium iudiciorum huius generis conditiones sunt. Itaque hoc genus secundum, quo aliquem sententia notari dicimus, tres has conditiones desiderat ad infamiam. Si caussa præcesserit, quæ notetur iure; Si quis ex ea caussa iudicatus damnatusve sit; Si damnatus suo nomine. De caussis supra dictum est. Eæ enim, ut dixi, ex iudiciis earum caussarum nomine proditis intelliguntur: ac de his iudiciis diximus. Tantum de his hoc loco monendi sumus, sic eas ad infamiam esse necessarias, eoque & in omni quæstione huius generis de infamia sic semper primum quærendam esse caussam damnationis, ut quæcunque sit damnatio ex aliis caussis, pœna etiam gravi addita, puta etiam ictibus fustium: tamen damnatus [19] eique pœnæ subiectus non sit infamis: quia desit infamiæ caussa quæ legibus notata sit. *L. ictus. D. de his qui not. inf.* Quid valeat ea conditio, si quis damnatus sit suo nomine, etiam supra diximus. Restat igitur ex tribus supra scriptis sola hæc, quam hic explicemus pertinentem ad omnes caussas omniaque iudicia superiora, ut quoniam ex hoc genere ita iudicium infamat, si quis damnatus sit, quæramus quid hoc verbo contineatur.

XXVIII. Et damnatum ex his iudiciis accipere debemus, qui iudicis sententia definitiva damnatus est cum effectu. Hoc intelligi volo, hic nos damnationem dicere iustam, & quæ vim suam teneat. In ea damnatione tria spectanda, quorum si quid desit, non intelligatur quis damnatus esse, qualem nunc quærimus, eoque nec sit infamis. Ea autem sunt, persona damnantis; genus sententiæ; vis atque auctoritas rei iudicatæ. In persona damnantis, iudicem esse oportet eum, qui damnat, non arbitrum: idest eum iudicem, qui iudicandi munere publico in eo fungatur, non privato. Ex [20] compromisso arbiter si in controversia furti, iniuriarum, mandati, aut similium caussarum alioqui famosarum reum condemnarit, sententia damnatum infamem non faciet. Non est enim iusta & plena sententia arbitri; certe auctoritatem iudicati non habet, ut dicetur suo loco: hoc in *L. quid ergo, §. ex compromisso, D. de his qui not. infam.*

XXIX. Genere sententiæ definitivam esse oportet, sic enim vulgo ea dicitur, quæ litem finit. Quod si iudex pendente iudicio aliquid sit interlocutus, quo increparet reum aut oblique notaret moneretve tanquam affinem ei delicto, de quo agitur: hæc [21] interlocutio gravare reum potest, eiusque verecundiam onerare; infamiam certe non irrogat. *L. quid ergo, §. ex compromisso, L. ob hæc verba, D.* de

malef. & mathem. Paul. Manut. *Lib. de LL. Rom. pag.* 128. Unde & *tit. D. & C.* passim, de servorum tormentis agitur. Sed nihil resecandum. Nam fragmenta tenuia *Cod. Gregor.* longe corruptiora, & minus integra. Nec pugnant verba, si sententia non præcessit, quæ ita accipi possunt, ut rationem responsi reddant, *si* posita pro, *quia* ut alibi, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 12. *N.* 2. Possunt & ita ut conditionem habeant, si sententia non præcessit, scilicet tempus, quo Imp. Gordianos consultus. Fustes vero ad eruendam veritatem adhibitos, probat ipse Freher. ex *Actor. Cap.* 22. *v.* 24. Denique iure illo veteri, quo liberi a quæstionibus immunes, eo tempore non vivebatur. Sed specialiter excepta corpora honoratiorum *L.* 11. *L.* 16. *& seq. C. de qq. L.* 7. *C. de malef.* Nec sententia inter alios lata, alios notat, ut si contra testis depositionem iudicatum fuerit, non ideo hic infamis *L.* 21. *D. hoc tit.* Neque enim necesse est, testem falsum dixisse, & periurium: Quid enim si iudex ideo non attendit, quod singularis esset, aut ex caussa aliqua suspectus, Ant. Fab *ad d. L.* 21. Freher *Cap.* 5. *n.* 28. Damnatio autem infamat etsi per modum inquisitionis processum. Freher. post alios *d. Cap.* 5. *n.* 22. ac etsi exsecutio non facta, sed pœna remissa *L. ult. C. de gener. abol. L.* 7. *C. de sent. pass.* Freher. *d. C.* 5. *n.* 27. Eademque vis confessionis, etsi sententia non secuta, ut post *gl. in L.* 22. *hoc tit* Freher. *d. Cap.* 5. *n.* 23. etsi de hoc iure quis ambigat: item adnotationis inter reos absentis contumacis *text. L. ult. C. de requir. reis.* Nam & in hunc pœna, existimationem contingens statui potest *L.* 1. *princ. de pœn.* In civilibus vero requiritur, ut caussa cognita damnatus sit. Non si sententia, contra contumacem dicta, quia magis propter contumaciam, quam caussæ merita prolata censetur *L.* 55. *princ. de evict.* ita *post Gl. notab. in L.* 2. *C. de mo. mule.* & Bart. *in L.* 22. *D. hoc tit.* Freher. *Cap.* 8. *n.* 17.

19) *L.* 14. *C. h. t. L.* 12. *de decur.* iunct. *L.* 2. *C. de dign. L. pen.* §. 2. *de extr. cogn.* ubi separatur fustibus cæsus ab infamibus. Nec igitur convenit ea verba *d.* §. 2. ita accipere, si ex caussa famosa eam pœnam sustinuerit ac si *d.* §. totus de iuris infamiâ loqueretur, ut Freher. *Cap.* 4. Caussæ autem non famosæ fustibus coercitæ in *L.* 7. *in fin. de I. patron. L.* 2. *in fin. de term. moto L.* 28. §. 3. *de pœn L.* 3. §. *ult. & L. seq. de off. præf. vig. L.* 9. *incen. rui. naufr. L.* 12. *de decur.* Freher. *Cap.* 4. *n.* 11. ubi fustium pœnam non atrocem habitam, scribit, cum vocetur admonitio *L.* 7. *de pœn.* & caussa famosa non accedente, nec infamiam facti sequi, per *d. L.* 14 verbo *nullam*. Sicuti hodieque Turcæ teste Busbeq. leviora delicta fustibus coercent, ac mira patientia in furis, in soleis sæpe ultra centum plagas excipiunt &c. Tametsi & quædam fustuarii pœnæ mortem intulerint, vid. Delrio *ad L. transigere n.* 42. *& seq.* Flagellis autem liberi cædi non poterant, sed servi, vid. *supra. Lib.* 2. *Cap.* 9. *N.* 19. cum *Portia Lex* virgas, ab omnium civium Romanorum corpore amoverit, ut Cic. *pro C. Rabirio.* Sic nec excommunicatio infamat, nisi ea caussa famosa, vel contumacia in ea commissa, post alios Freher. *Cap.* 4. *n.* 9. Sicuti & bannitus pro debito civili, integræ famæ, & status est. Ex caussa autem famosa, crimine publico, vel contumacia, in eodem vere infamia fit, & infamia iuris, quia civitatem perdit, & omne beneficium inductum iure statutario illius civitatis, a qua bannitus, Freher. *d. Cap.* 4. *n.* 10. Iure Saxonum *ist der ienige so in die Konigliche Acht mit Recht bracht wird, im ersten Iahr anruchtig, im andern Ehrloss. Weichb. Art.* 5. & ibi *Gl. diff. Iur. civ. & Sax.* 44. *n.* 5. *P.* 2.

20) Ex compromisso enim, tanquam privata conventione, existimatio alicuius minui nequit. Quia quicquid per contractum fieri nequit, id nec per potestatem arbitri, quæ omnis est ex contractu, Freher. *Cap.* 8. *n.* 9. *&* 10. Neque arbitro ulla iurisdictio vera, cuius sententiæ stari oportet, magis metu pœnæ, quam illius auctoritate, Ant. Fab. *ad d.* §. 5. Quin nec de actione famosa ea, quæ ex delicto datur, ad arbitrium iri potest. *L.* 32. §. 6. *de rec. arb.*

21) Sed Ant. Fab. 6. *Conject.* 6. contendit in *d. L.* 20. non interlocutionis exemplum esse, sed sententiæ definitivæ, prævia caussæ cognitione. Idemque sano ac bene valenti

de his qui not. infam. L. verbum, L. interlocutio, C. ex quib. cau. infam. irr.

XXX. Non est satis ad damnationem ne sententia quidem iudicis definitiva. Eam quærimus, quæ effectum habeat; ut semper verba in legibus cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. in fin. *D. quod quisq. iur. L. penult.* §. 1. *D. ne quis eum qui in ius vocat. est, vi exim.* Et damnatum intelligimus, qui cum effectu ita damnatus sit, ut sententia obtineat vim atque auctoritatem rei iudicatæ. Quod ita sit, si sententia nullo remedio iuris attentata sit. Remedia ad infirmandam sententiam iure prodita duo; appellatio, & in minoribus in integrum restitutio. Appellatio iure ordinario omnibus concessa. *L.* 1. *D. de appell.* Interposita [22] appellatio pronuntiatum prius exstinguit, idest, facit, ut qui damnatus est, nec videatur damnatus. *L.* 1. in fin. *D. ad Turp.* In integrum [23] restitutio idem efficit beneficio prætoris; quod minoribus concessum est etiam adversus res iudicatas, si se dicant non ita defensos, ut oportebat: *L.* 1. §. *de qua* 10. *D. de postul.* exstat generale edictum in *L.* 1. *D. de minor.* Esse autem hoc remedium appellationi simile ad sententiam infirmandam declaratur in *L. si caussa. C. de transf.* Hoc igitur dicimus, si quis furti vel aliis famosis actionibus condemnatus appellavit, eum pendente iudicio appellationis inter infames non haberi; finito autem eo multo minus, si eo iudicio sit absolutus, seu appellatio iusta pronuntiata. *L. furti*, in princip. *D. de his qui not. infam.*

XXXI. Quod si iniusta appellatio visa est, atque ita prior sententia confirmata; nulla quidem hic dubitatio est, quin sit infamis, qui prius damnatus fuerat: sed dubitatur, unde infamiam inchoemus; utrum ex tempore posterioris sententiæ, quæ forte secuta est post decem annos; an ex tempore sententiæ prioris, quæ iusta visa est. Dixerit aliquis ex tempore prioris sententiæ; quia confirmata cœperit esse in ea caussa, ut valuerit. Negat Ulpianus in pr. *d. L. furti*, in pr. & ait *si iniusta appellatio* damnati *visa sit*, se putare eum *hodie notari, non retro*. Et recte. Non enim sunt hic duæ sententiæ, quæ per se valeant, & infamiam irrogent, sed una. At [24] posteriorem constat esse sententiam, & firmam. Solam hanc igitur accipere debemus, quæ infamiam irroget damnato, non priorem. Sane valet & prior, quæ confirmata est: sed ita, ut pars posterioris esse intelligatur, quoniam & ea includitur. De in integrum restitu-

lenti loco, audacem potius, quam artificem manum adhibendo, voce *mandatoris*, sede dimota, reponit *damnatoris*, ut verba *qui exhortatur* referantur ad præsidem, non ad eum in quem prolata sententia, cum instigatorem, immo infamem fieri probet *L.* 1. §. 13. *ad SC. Turpil.* Sententiæ igitur *d. L.* 20. iuxta Fabrum hæc: His sententiæ verbis, *callido commento &c.* non tam id egit præses, ut de calumnia condemnaret, quam ut exhortaretur, ut ad melioris vitæ frugem se reformaret *L.* 19. *C. hoc tit.* Infamia igitur non est irrogata, quia condemnatio non secuta, quæ, ut infamis calumniator fit, requiritur *L.* 4 §. 4. *L.* 19 *hoc tit.* Ita Faber. Quæ se mutuis ictibus confodiunt. Putat hanc sententiam esse definitivam & tamen nec condemnationem, nec absolutionem continere. Ad boni iudicis, inquit, officium pertinet, non tantum, ut absolvat, aut condemnet, sed etiam ut interdum exhortetur, maxime si probationes minus plenas habeat. Unde hæc licentia novum, & tertium genus sententiæ. contra *L.* 3 *C. de sentent. & interloc* comminiscendi, auctoribus iuris nec per somnium cognitum nec fando unquam perceptum. Nec minus hallucinatur Faber (nisi quod hic error minus gravis priori, non ita in principia, sed historiam iuris impingens) dum interesse putat. Præses sic dixerit *instigator fuisti* an ita: *videris instigator fuisse* cum imo solemnis pronunciandi formula ita concepta fuerit, *videri reum fecisse*, de quo notabo *infra Lib.* 26 *Cap* 1. Nec obstat *d. L.* 1. §. 13. Nam qui instigat, vere incidit in Turpilianum, itaque infamis fit, sed si eo nomine damnatus. Hic autem interlocutio significatur, ut Donellus noster, quomodo malo, quam cum Frehero *C.* 6. *n.* 11. de simplici suasore exaudire *d. L.* 20. qui ex consilio non obligetur *L.* 47. *de R. I.* Nam *d. L.* 47. dicit consilii, non fraudulenti. Ast in *d. L.* 20. dicitur instigator callido commento. Aliter, & scite Lycklama 4. *Membran.* 18.

22) Quia hæc vis appellationis, ut exstinguat iudicatum *L.* 1. §. *ult. ad Sc. Turpil.* reducatque negocium ad terminos litis contestatæ, A. Fab. *ad d.* §. 1. Quin nec intra decennium, appellationi præstitutum infamis est, quia id tempus datum, ad remorandum vim sententiæ, ut Baro *ad d. L.* 5. etsi dissentire videatur Freher. *Cap.* 8. *n.* 19. Quare pulchra hic cautio, ut famoso iudicio damnatus semper appellet, & appellatione oblata, deinde per aliom curet transigi eum adversario, ut ia iudicii instrumenta fiant perpetuo cum tineis rixari. Ita enim in Calend. Græcas differet infamiam, verba sunt Baronis *in d. L.* 6.

23) Quia & hæc suspendit iudicatum. Et loquitur *d.* §. 10. vers. *an autem* de restitutione contra sententiam, cujus hæc vis est, ut denuo caussa cognoscatur, & vi posterioris sententiæ absolutoriæ fama servatur. Quare temere est quod Faber *d.* §. 10 totum Triboniano adscribit (1) quia exceptio in vers. *nisi sicubi*, inepta sit, nec regulæ, quæ de restitutione contra pœnam, non contra sententiam, conveniat. Resp. Imo vero *nisi* ibi vere restringit aut saltem declarat, nam & hæc illius vis. Nam etsi restitutio hæc prætoria, non directo tollat pœnam, secuta tamen absolutione infamiæ, periculo eximit. (2) quis vocula *speciebus* pro *caussis* familiaris Triboniano. Resp. Ast unde hoc probat. Nonne idem Ulp in *L.* 18. §. 1. *de minor.* speciem finitam dixit pro caussa; & quis omnia exempla conquirat, quibus species pro facto sumitur? (3) quia verba *sub titulo* non conveniunt Ulpiano, qui Commentarios suos in libros digessit, non in titulos. Resp. Ast ad edictum perpetuum respexit, quod (etsi Faber id inficietur) in titulos distributum fuisse probat, non tantum §. *seq.* cuius verba *sub titulo &c.* pari, ast intoleranda, audacia, Faber Triboniano adsignat, sed & *d. L.* 1. *princ. de postul. L.* 1. *pr. de reb. cred. & simil.* Nec obstat, quod Iurisconsultis passim capitum edicti mentio Nam Partitio titulorum generalior fuit, specialior capitum cuiusque tituli. (4) quia imperita argumentatio in vers *pro qua sententia* cum Pomponius loquatur de restitutione ad redintegrandam caussam. Tribonianus vero velit restituere prætorem adversus solam pœnam. Resp. Ast hic sibi obloquitur Faber, qui paulo ante ipse vers. *nisi sicubi*, de restitutione adversus cognitionem exposuit &c.

24) Hinc pragmatici condemnationem capere vires a confirmante, non confirmato, quia appellationis sententia, ab alio iudice fertur ac plerumque ex novis actis, Anton. Fab. *ad d. L.* 6. §. 1. ubi tamen aliud statuit, si constet frustrandi caussa provocatum esse, argum. *L.* 41. *de Usur.*

ſtitutione idem dicemus, ſive in integrum reſtitutio admiſſa ſit, ſive repudiata a magiſtratu. *L.* 1. *§. deinde*, *D. de poſtul.* Quid ſi ſuperioribus iudiciis damnatus cum appellaſset, poſtulaſsetve in integrum reſtitutionem, ultro ceſserit appellationi, vel in integrum poſtulationi, aut etiam omnia tempora appellationis vel in integrum reſtitutionis lapſa ſint? An eodem modo dicemus eum infamem fieri, ex quo tempore hæc poſtremum contigerunt, an potius ex quo prior ſententia lata eſt? Ait Ulpianus ex his cauſſis damnatum [25] retro infamem fieri, id eſt, non nunc primum ex quo iſta evenerunt, ſed ex quo prius damnatus eſt. *d. L. furti*, in pr. Optima ratione: quia his rebus a reo omiſſis, vel amiſſis culpa, nihil inciderit, quod priorem ſententiam infirmaret. Hæc ergo damnationis iuſtæ propria ſunt. Quæ quemadmodum ſi deſunt, non irrogatur infamia: ita ſi hæc, itemque ſuperiora concurrent tum in cauſſis tum in damnatione, efficitur ſumma huius generis ſecundi propria, ut qui ex ſupra ſcriptis cauſſis damnatus eſt ſuo nomine, ſit infamis.

XXXII. Nondum tamen genus hoc expletum. Ius namque ſuperius ut plurimum ita ſe habet; non eſt perpetuum. Hoc ita eſt, niſi iudex ſententia ſua infamiam remiſerit. Quod iudex facere poteſt duobus modis; aut graviorem pœnam legitima irrogando, aut leviorem & mitiorem.

XXXIII. Gravior pœna ultra legem impoſita, quamvis ex ſupra ſcriptis iudiciis alioqui famoſis, nihilominus exiſtimationem conſervat, quaſi ſententia tranſactum ſit de exiſtimatione. Sententia conſtanter recepta a veteribus, & tradita compluribus; ut *L. quid ergo*, *§. pœna*, *de his qui not. infa. L. ordine*, *D. ad municip. L. ad tempus*, *D. de decur. L. in ſervorum*, *§. ult. D. de pœn. L.* 4. *C. ex quib. cauſ. inf. irrog.* Quamquam in hac lege poſtrema ita ſuperior ſententia eſt, ſi mendum lectionis tollatur: de quo tamen paulo poſt in mitiori ſententia opportunius dicetur. Sed incidit hæc ſententia in varias reprehenſiones.

XXXIV. Tria ſunt autem in ea, quæ reprehendantur. Primum quod dicimus graviorem pœnam ultra legem imponi poſſe, ut nihilominus valeat, & remittat infamiam. Repugnant eæ conſtitutiones, quibus demonſtratur ſententiam contra leges aut conſtitutiones latam nullius eſſe momenti, ut nec neceſse ſit appellare. *L.* 2. *C. quand. provoc. non eſt nec. L.* 1. *§. item cum*, *D. quæ ſenten. ſine appel. reſc.* Sed hæ conſtitutiones tunc locum habent, cum ſententia nominatim & ſpecialiter contra leges lata eſt, ut ſuis locis declaratur, & *L. ſi expreſſim*, *D. de appellation.* Quod non fit pœna graviore ultra legem impoſita. Quid enim, ſi reo irrogetur pœna gravior non nominatim appellato crimine, propter quod irrogatur? Poterit quidem & tum iniuſta eſse ſententia, quia contra ius rei: ut proinde & iure ab ea appellari poſſit. Sed ſi appellatum non ſit, ſententiæ ſtandum eſt. *L. cum prolatis*, *D. de re iudic.* Sed etſi expreſso crimine propter quod quis damnetur, gravior pœna imponatur, non ideo tamen videatur ſententia lata nominatim adverſus conſtitutiones: quia multæ circumſtantiæ incidere poſsunt, [26] quæ crimen augeant, & duriorem pœnam exigant. *L. aut facta*, *D. de pœn.* Quæ ut forte in eam cauſam non inciderint, & reo videri poſſit facta eſse iniuria: tamen ſatis eſt natura potuiſse incidere, ne videatur ſententia nominatim lata contra leges. Valet igitur ſine dubio ea ſententia, quæ graviorem pœnam infligit legitima, ſi ab ea appellatum non erit: ut recte & de vi eius ad remittendam infamiam quæratur.

XXXV. Sed hoc poſito incidit ſecundum in maiorem reprehenſionem ex aliis ſententiis minime dubiis. Dicimus damnatum, exempli gratia, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, falſi, ſi graviore pœna affectus ſit, ignominia liberari, quaſi tranſacto negotio; ideſt, quaſi infamia quæ ex his cauſſis iure infligebatur, per iudicem ob pœnam graviorem illatam ei remiſſa. Nam de eo iudice, qui de crimine & facto pronuntiaverit, ex quo & reum graviori pœnæ ſubiecerat, aperte loquitur Papinianus in *L. ordine*, *D. ad municip. L. ad tempus*, *D. de decur* Huic ergo

25) Putat tamen Freher. *Cap.* 8. *n.* 21. ſi hic interea teſtimonium pro alio dixerit, illud ceu infamis reiici non poſſe, cum tempore illo fuerit idoneus, licet poſtea inhabilis factus, nec factum teſtis non proſequentis appellationem nocere debeat ei, a quo productus eſt. Cum quo non facio, argum. *L.* 3. *§.* 6. *L.* 20. *D. de teſtib.*

26) Verum hoc, de quo Freher. *de Infam. Cap.* 7. ſed hic non convenit. Ut enim tranſactum intelligatur, neceſſe eſt auctam pœnam eſſe, non ex ſententia legis, ob delicti aliquam nativam, ſive cohærentem qualitatem, ſed ob extrinſecam, & adventitiam cauſſam, Scip. Gentil. 2. *de Iuriſd. c.* 35. Et, ut Freher. *Cap.* 7. *n.* 9. & 10. Oportet ut gravior ſit pœna, non tantum ultra legem, ſed etiam ultra merita delicti. Non enim ſi ob circumſtantias aggravantes, nec ſi reſpectu perſonarum, ex. gr. militum, pœna exaſperata, nec etiam ſi ad exemplum aliorum, ob frequentiam delicti (in quo diſſ. Gentil. *d. Cap.* 35.) ſed ad hoc, & eo fine, ut infamia minuatur.

ergo sententiæ opponitur iam ipsius Papiniani ratio, qua ille utitur in *d. L. ordine:* quæ & pro certa iuris sententia a posterioribus accepta est, ut in *L.* 1. *§.* 1. *D. ad Turpil.* Prius dixerat, minoribus pœnis quam leges permittunt subiectos ex crimine alioqui famoso, nihilominus inter infames haberi. At quamobrem, cum potuerit propositum esse iudici leviore sententia reum non onerare? Rationem reddit: ***cum facti quidem quæstio***, inquit, ***sit in potestate iudicantium, iuris autem actoritas non sit.*** Significans posse quidem iudicem de crimine ita pronuntiare, ut iudicet admissum esse aut non esse. At cum semel admissum pronuntiaverit, quod iure famosum est, succedere delicti pœnam infamiam. Hanc pœnam non esse in iudicis potestate. Eam enim iure irrogari ex superioribus caussis damnato. Iuris auctoritatem in potestate iudicantis non esse, ut de ea prout velit, statuat: sic explicatur in *L.* 1. *§.* 1. *D. ad Turp.* Cur minus id dicere liceat, cum iudex ex iisdem caussis iure famosis damnatum graviore pœna ultra legem affecit? Negat tamen Papinianus ibidem: sic enim scribit: ***durioribus etenim pœnis affectos, ignominia velut transacto negotio postea liberari, minoribus vero quam leges permittunt, subiectos nihilominus inter infames haberi.*** Non diluit hanc obiectionem vulgaris responsio Accursii & Bartoli ad *d. L. quid ergo, §. pœna.* Respondent enim, pœnam delicti non esse in potestate iudicantis post latam ab eo sententiam, ut certe non est. *L. iudex, D. de re iud. L.* 1. in. fin. *D. de quæst.* At in ipsa sententia ut pœnam infligat iudex, vel graviorem, vel mitiorem, id vero esse in eius potestate, *arg. in L. aut facta, §. ult. D. de pœ.* Atque de eo non quæritur, an possit iudex pœnam graviorem aut leviorem infligere. Hoc quæritur, an pœna illa graviore remitti possit facti infamia, cum iudex de facto prius pronuntiaverit. Illi dicunt posse, si eadem sententia pœnam illam irrogarit. At negat Papinianus remitti mitiore inflicta pœna, quanvis eadem sententia inflicta sit: idque tantum ideo, quia iudex prius pronuntiaverit de facto, cuius infamiam in iuris auctoritate positam minuere non dico post sententiam suam, sed nec eadem sententia potuerit. Ex quo apparet, nec ea pœna quæ eadem sententia imposita sit, remitti infamiam facti, si prius iudex de facto pronuntiaverit: quia priore illa pronuntiatione præcedente non sit in potestate iudicis pœna iuris, quæ ei facto irrogetur, nempe infamia. Hoc si recte dicitur a Papiniano, cum iudex leviorem pœnam imposuit: cur non recte dicatur etiam tunc, cum imposuit graviorem: cum semper verum sit pœnam facti de quo pronuntiatum est, non esse in potestate iudicantis? Sed Papinianus aperte istas sententias distinguit: & quod magis mirum est, distinguit hac ratione, quod iuris auctoritas non sit in potestate iudicantis: cum potius hac ratione generali effici videatur, ut graviore vel leviore pœna inflicta dicamus, aut pariter infamiam remitti posse sententia iudicis, aut pariter non posse. Sed recte Papinianus & generaliter hoc ita definit, & nihilominus hac ipsa generali definitione superiores sententias distinguit. Quod enim dicitur auctoritatem iuris in potestate iudicis non esse, hoc significat, auctoritatem iuris non posse infringi sententia iudicis; pœnam a lege alicui facto impositam sententia iudicis tolli aut minui non posse. Hoc vero Papinianus intelligi vult ad eum iudicem pertinere, qui leviori pœna imposita remittat infamiam: ad eum autem qui remittat graviore pœna, non pertinere. Et recte. Facit enim contra ius, seu contra auctoritatem iuris, qui pœnam iure constitutam facto suo aut tollit in totum aut iure minuit. Lex enim certa pœna imposita voluit tanta pœna satisfieri Reipublicæ. Hanc auctoritatem iuris violare iudex non potest, cuius potius officium est, ut leges tueatur. *Inst. de offic. iudic.* in princ. At is non facit contra iuris auctoritatem, qui unam pœnam remittens, aliam graviorem, aut certe mitiorem substituit. Quinimmo hoc ipso maxime sententiam legis de pœna conservat. Quippe legi pœnam aliquam constituenti propositum est delinquentes emendare, & simul in horum persona statuere, quod cæteris exemplo sit ad maleficia deterrenda. *L. si pœna, D. de pœn. L. bona fides,* in princ. *D. depos.* At horum utrumque maxime servat iudex, qui pro infamia aut graviorem pœnam imponit, aut imponit parem. Quare qui graviore pœna imposita infamiam remittit, is non remittendo pœnam, sed sine fraude legis commutando, nihil facit contra iuris auctoritatem. Verum omnem hanc defensionem eripere videntur loci duo in contrariam sententiam, pene diserte scripti, *L. non poterat,* 63. *de fur.* & *L. Divus,* 40. *D. de iniur.* quibus in summa ita traditur, non posse ne præsidem quidem efficere; ut furti aut iniuriarum damnatum non sequatur infamia. Sed de his locis certe respondebimus,

mus, ſcriptos eos eſse de eo iudice, qui nihil niſi furti aut iniuriarum reum damnavit. Sane qui nihil adiecit amplius ad damnationem; aut ſi quid adiecit, id leviorem pœnam continet, vere dixerimus hunc nullo errore ſuo, nulla ſententiæ remiſſione efficere poſse, quominus damnatus ſit infamis. Ut puta, ita dixit: quia furtum feciſti, in duplum te aut quadruplum condemno: sic tamen, ut ſalva ſit tibi exiſtimatio. Hac adiectione non ideo liberabit eum infamia, quem prius furti condemnavit. Quod ſi aliam pœnam addidit iudex, ſemper valebit hæc exceptio, pœnam graviorem exiſtimationem conſervare, quia hac pœna in locum infamiæ ſubſtituta non minus ſatisfactum ſit legi & Reipublicæ, quam ſi detracta alia pœna infamia manſiſſet.

XXXVI. Reſtat tertium, quod & ipſum videatur in ſuperiore definitione reprehendi poſse: quamquam eſt levius. Addunt enim veteres graviore pœna damnatum infamia liberari, velut tranſacto negotio, ſeu quia videatur eo modo cum damnato de exiſtimatione tranſactum. Atqui hæc ratio magis obiectionem confirmat: certe magis infamiam inducit. Nam ex edicto in cauſsa furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, & ſimilium delictorum, non tantum fit infamis, qui earum rerum nomine damnatus eſt, ſed & qui de his pactus eſt, *L. 1.* & *L. furti, §. pactuſve, D. de pac.* At qui tranſigit, paciſcitur, nulla eſt enim tranſactio ſine conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Quare & qui in his tranſigit de infamia, magis notatur. Et hæc de vera tranſactione, & quæ proprie ita vocatur, recte dicuntur: conſtat enim hæc actoris & rei conſenſu, proinde & pactione. Sed in ſuperiore regula non difficile eſt videre veteres uti tranſactionis verbo abuſive. Nam hic iſta tranſactio ut non conſtat duorum conſenſu, ſed poſita eſt in unius iudicis arbitrio & voluntate; qui dum pro infamia aliam pœnam delicti graviorem legitima ſubſtituit, dicitur tranſigere, ſimilitudine tranſactionis hinc ducta, quod quemadmodum in tranſactione duorum, ſic in hac ſpecie ab unius rei lite diſceditur alterius rei ſatisfactione; puta a lite exiſtimationis gravioris pœnæ ſatisfactione. Neque tamen ideo [27] hanc vere tranſactionem eſse dixeris, quæ duorum conſenſum non habet. Certe tranſactio damnati dici non poteſt, ut quis dicat ei pactionem ſuam ad infamiam nocere: cum ſeverior ſententia non modo feratur eo non conſentiente, ſed etiam invito. Nihil proponitur igitur, cur non plane conſtituta ſit ſuperior ſententia, graviore pœna affectum ex eo crimine quod alioqui infamiam irrogat damnato, tanquam tranſacto negotio infamia liberari. Plane ſic ſententia accipienda eſt, ſi pœna gravior ſit corporalis, non ſi pecuniaria, & eiuſmodi quæ privato actori adiudicetur. Ut puta, qui parte bonorum mulctari debebat, relegatus eſt; qui pœna pecuniaria, [28] fuſtibus cæſus eſt. Non erit famoſus, quanvis damnatus ex crimine famoſo. Sed ſi in cauſsa furti non manifeſti in quadruplum iudex condemnavit, auxit quidem pœnam, ſed non ideo exiſtimationem damnato conſervavit. Hoc in *d. L. quid ergo, §. pœna gravior, de his qui not. infa.* Hoc ideo, quia pœna graviore ita tranſigitur de exiſtimatione, ſi ea pœna, atque ea tranſactione ſatisfiat Reipublicæ; nec fiat contra legis ſententiam, quæ in pœna omni ad vindictam criminis, non ad privatum damnum comparata ſolum, hoc ſpectat, ut ſtatuatur adverſus delinquentem exemplum, quo diſciplinæ publicæ ſatisfiat. *L. locatio, §. quod illicite, D. de pub. d. L. bona*, in pr. *dep.* Porro corporali pœna graviore ſatisfieri Reipublicæ poteſt: pœna pecuniaria, qualis eſt ſuperior, [29] non poteſt: quippe illa exſolvitur Reipublicæ, cum ad vindictam ſolum pertineat: hæc autem præſtatur privato.

XXXVII. Hæc de pœna graviore. De leviore pœna quam leges permittunt impoſita, ecquid ea etiam quandoque remittat infamiam, videamus. Et non remittere Papiniani ſententia eſt diſerte ſcripta in *L. ordine, D. ad municip.* ubi hæc generа diſtinguit his verbis: *durioribus etenim pœnis affectos ignominia velut tranſacto negotio poſtea liberari* placuit, *minoribus vero quam leges permittunt ſubiectos, nihilominus inter infames haberi.* Nec ſane aliud ſignificat ſuperior conſtitutio de

pœna

27) Freher. *Cap.* 7. *n.* 7. Nec vera, ait, tranſactio eſt, ideoque nec omnes effectus parit, nec voluntaria, nec ſuper delicto, ſed ſuper fama rei, genere quodam tranſigitur. Et *ibid. n.* 11. Iudice augente pœnam legis, lex minuit ſuam pœnam. Pœnæque gravitas cum famæ integritate compenſatur, quia generaliter æquum eſt, ut qui gravatur in uno, relevetur in altero. Et Ant. Fab. *ad d. L.* 13. §. 7. Non iudex tranſigit, ſed ipſa ſeveritas ſententiæ *L.* 4. *C. h. t.* quæ alioqui non valeret in eo, quo legitimam pœnam egrederetur.

28) *L.* 10. §. *ult. de pœn.* Excipiunt Scip. Gentil. 3. *de Iuriſdict.* 35. & Freher. *d. Cap.* 7. *n.* 23. niſi poſt damnationem in pecuniam, corporalis ei impoſita, quod iudicatum per inopiam facere non poſſet.

29) Et quia hoc caſu verſatur ſententia circa patrimonium: Infamia vero perſonam concernit, & fama res pecunia inæſtimabilis, Sich *ad L.* 3. *&* 4. *C. h. t. n.* 7 Freher. *Cap.* 7. *n.* 17. Cui rationi cum & locus ſit, etſi fiſco pœna pecuniaria petatur, vix eo caſu aliud ſtatuendum, etſi diſſ. Gentil. *d. Cap.* 35.

pœna graviore, quæ definiens sententiam damnato existimationem conservare, ubique hanc conditionem addit, si pœna imposita sit gravior, quam quæ legibus statuta est, *d. L. quid ergo, §. pœna gravior, de his qui not. infa. L. in servorum, §. ultim. D. de pœn. L. ad tempus, D. de decur.* Rursum mitiore sententia remitti infamiam multa ostendunt. Nam si tutor, quem constabat dolo versatum esse in tutela, ob id remotus sit tanquam suspectus; sed ita; ut præses in sententia de dolo silens ideo removeret, quia non recte tutelam administraret; placet tutorem salva existimatione abire tutela. *L. 4. D. de susp. tutor.* Sed & in criminibus idem ostendit exemplum illustre, quod exstat in *L. 3.* in princ. *D. de decur.* Scribit enim Ulpianus; *si quis ob falsi caussam, vel aliam de gravioribus* (in quibus constat, si nihil aliud prohibeat, damnatum infamem fieri. *L. infamem. D. de pœn.*) *non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus: in ea est caussa, ut possit in ordinem redire.* Ergo huic leviori pœnæ subiectus quanvis ex crimine publici iudicii, ac proinde famoso, liberatus est infamia: quoniam ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placet. *L. ad tempus, D. de decur.* Sed & hæc ipsa sententia expressa videtur in *L. etsi. 3. C. ex quib. cau. infam. irrog.* Quid ergo est? sunt hæc contraria? Immo hoc indicant, mitiore sententia damnatos quanvis ex crimine famoso, interdum nihilominus infames esse, interdum non esse: illic leviore pœna damnatos, infamia non liberari; hic liberari. Proinde quando utrumque accidat, quærendum.

XXXVIII. De quo sic, puto, recte definiemus. Si de crimine seu delicto famoso de quo agebatur, iudex pronuntiet iudicans admissum esse; aut de facto silens eam pœnam dicat, qualis in eiusmodi crimine & famoso solet irrogari: quanvis pœnam mitigans leviorem sententiam dixerit, nihilominus damnatum sententia infamem faciet. Sin ea sit sententia, quæ nec verbis exprimat de crimine, nec genere pœnæ significet se id delictum notare, quod accusabatur; tum mitior sententia damnatum infamia liberabit. Ergo leviori pœnæ quam leges permittunt subiectus, nihilominus inter infames habetur duobus temporibus.

XXXIX. Uno, si iudex prius de facto famoso pronuntiarit: puta damnarit reum nominatim ob furtum, iniuriam, vim lactam. Hoc cum fecit iudex, generaliter definiemus, quæcunque deinde pœna levior ab eo imposita erit, & quantumcunque mitiore sententia id agat, ut damnatum infamia liberet, nihilominus damnatum infamem futurum. Eaque illa est definitio Papiniani superior, quæ exstat in *d. L ordine, D. ad munic.* Nam illic loqui Papinianum de eo iudice, qui prius de facto famoso pronuntians, nihilominus velit mitiore pœna infamiam detrahere, liquido apparet ex ratione ab eo subiecta. Negat enim iudici id licere hac ratione, quod *facti quidem quæstio sit in potestate iudicantis, iuris autem auctoritas non sit.* Quo significat ut ante dixi, licere iudici de facto ita pronuntiare, ut vel dicat, vel neget factum id esse quod arguatur. At postquam pronuntiavit factum esse, & id iure famosum est, non licere iudici hanc infamiæ pœnam & in eo iuris auctoritatem convellere. Id autem facere eum, qui tollendæ infamiæ caussa leviorem pœnam imponat: quia pro gravi delicto leviore pœna non satisfit Reipublicæ, eoque nec legi pœnam statuenti: quæ per pœnam Reipublicæ satisfieri voluit.

XL. Alterum tempus est, si de crimine quidem nihil pronuntiet iudex, sed eam pœnam statuat, quæ conveniat solum famosis iudiciis, seu quæ non nisi in crimine aut iudicio famoso soleat irrogari. Sic enim pœna quæ non nisi ad coercendum delictum adhibetur, facile delictum præcedens famosum arguit. Finge in caussa depositi re dolo depositarii amissa, cum eo nomine actum esset, & dolus probatus, iudicem nulla doli mentione facta simpliciter reum damnasse, quanti res erat. Cum reum ob dolum condemnare posset, quanti in litem iurasset actor. *L. 1. §. in depositi, D. depo.* infra eam quantitatem damnando aperte mitiorem sententiam dixit. Sed nec de dolo depositarii quidquam expressit: quo tamen solo nomine damnati fiunt infames, ut supra disseruimus. *L. furti, §. ult. D. de his qui not. infam.* Nihilominus dicemus isto modo depositi damnatum ex edicto infamem esse; quia qui depositi condemnavit, satis hac pœna dolum præcedentem notavit, cum nemo damnari possit depositi nisi ob dolum. *L. 1. §. ult. D. depo.* Ad hanc rationem omnino referri debere videtur illa distinctio Ulpiani quæ exstat in *L. 3.* in pr. *D. ad mun.* Illic agit Ulpianus de iis quæ si nihil aliud impediat infamiam important damnato: cum in posteriore parte loquatur de falsi caussa, & aliis gravioribus: quas famosas esse constat, *L. infamem,*

D. de

D. de pub. iud. In priore autem agat de iis criminibus, ex quibus quis ad tempus relegatus, nec post tempus decurionatum recipit, quod non fit, nisi in iis, ex quibus damnatum sententia infamem facit, nisi pœna imposita sit gravior. *L. ordine, D. ad munic.* Et tamen in his mitiori sententia damnatos ita separat, ut quidem qui ex his relegatus fit tantum ad tempus, dicat boni consulere debere humanitatem sententiæ, nec post tempus decurionatum recipere, quod nihil aliud est, nisi ea sententia damnatum factum infamem per id tempus, & post id tempus manere. *d. L. ordine, ad municip. L. ad tempus, de decur.* Quod si ex his ipsis non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus, in ea caussa est, inquit, ut possit in ordine redire: quod rursum nihil aliud est, quam hunc ipsum superiore sententia mitiori infamia liberatum, alioqui & post tempus infamem futurum. *d. L. ad tempus, D. de decur.* Non ergo in his Ulpianus caussas damnationis distinguit, cum omnes famosæ sint: nec distinguit genus sententiæ, cum ubique proponatur sententia dicta esse mitior: sed separat genus pœnæ: relegatum ad tempus ab eo, qui ad tempus ordine motus est. Quid caussæ esse putamus? Puto, non alia reperietur, quam quod relegatio perpetua in his criminibus pœna est usitata: quæ etsi remittitur ad aliquem modum; tamen ideo adfert infamiam damnato, quia genus pœnæ, quale crimen notatum sit, indicat. Satis est autem ex sententia intelligi quovis modo, quo ex crimine reus sit damnatus. *d. L. ordine, ad municip.* Cum autem quis ad tempus ordine motus est, ex gravioribus criminibus, non est ea pœna, quæ his criminibus conveniat, seu qua in his soleant rei talium criminum affici. Ita quasi nec crimen ea pœna arguatur, sententia infamiam non continebit. Quod si horum utrumque concurret, in sententia mitiore, ut iudex neque de crimine & facto famoso quidquam exprimat, neque statuat eam pœnam, quæ factum famosum arguat: tum recte dicemus etiam mitiorem istam sententiam in ea caussa esse, ut conservet damnato existimationem. Sic enim nihil est in sententia, quod arguat factum esse id quod intenditur tanquam famosum: & iudex prætermissa isto modo criminis & delicti caussa magis videtur de facto pronuntiasse, & significare non esse admissum id quod obiicitur. Iam autem diximus facti quæstionem esse in potestate iudicantis, etsi maxime auctoritas iuris non sit. *d. L. ordine, ad munic.*

XLI. Insigne huius sententiæ argumentum & exemplum est in suspecti accusatione. Suspectus tutor removeri potest & ob dolum & ob culpam: sed distinctis ad infamiam caussis: nam ob dolum remotus fit infamis: ob culpam non item. *L. 3. §. ult. D. de susp. tut.* Ergo si de dolo expressit iudex in tutore removendo, ut diceret, quia in tutela perfidiose aut malitiose se gessisset, ideo se eum a tutela removere, haud dubie infamem fecit: si nominatim ideo removit, quod diceret eum negligenter in tutela versari, existimationem ei servavit. At fingamus postulari suspectum nominatim ob dolum & perfidiam, idque in iudicio planum factum: iudicem autem de dolo & culpa silentem removere tutorem tantum ob id quod diceret eum non recte tutelam administrare: denique iudicem non significare caussam remotionis decreto suo. Agnoscimus hic mitiorem sententiam iudicis, qui cum dicere posset se tutorem removere, quia is perfidiose aut turpiter in tutela se gessisset, pepercit pudori eius, & de dolo silens tantum non rectam eius administrationem nominavit, dum scilicet cupit ei existimationem salvam manere. An igitur hac sententia id consequitur? Et placet consequi, eumque qui ita remotus est, integra fama abire tutela. *L. 4. D. de susp.* Ergo haud dubie mitior sententia in proposito remotum tutorem liberavit. At quamobrem? quia iudex in ista sententia nihil dixit, quo factum tutoris famosum argueret. Nam de dolo tutoris tacuit: pœnam autem suspecti remoti eum addidit, eam pœnam dixit, quæ non minus conveniat in eum, qui ob culpam remotus est, quam qui ob dolum: cum ut dixi, pariter & ob culpam suspectus tutor removeri possit. Ita sententiam benigne sic interpretabimur, quasi iudex de culpa pronuntians ob hanc ipsam suspectum removerit. Nec mirum, si cum mala administratio & ad dolum referri possit, & ad culpam, placet hic potius culpam accipi debere. Id enim postulat benignitas interpretationis, quæ dictat, promtiores nos esse debere ad liberandum. *L. Arrianus, D. de verb. obl.* Eoque & in pœnis si occurrat gravior & levior, & incertum sit ex verbis utrum sumamus, semper interpretatione pœnas legum esse molliendas potius, quam exasperandas. *L. pen. D. de pœn.*

XLII. Quo exemplo non dubitabimus idem probandum esse per omnia & in actionibus

nibus famosis ex consensu descendentibus, quæ pariter dolum & culpam ad condemnationem recipiunt: puta pro socio, tutelæ, mandati. Ex his damnatus notatur infamia ex edicto, sed ita, ut supra diximus suo loco, si quis ex his damnatus sit ob dolum. Id sic accipiemus, si nominatim iudex ob dolum damnavit: dum scilicet caussam doli sententia sua expressit, ut appareret de infamia. Quod si iudex exonerandi rei caussa de dolo silens simpliciter eum damnavit pro socio, tutelæ, mandati; non minus & hic existimandus est existimationem damnato conservasse: cum fieri potuerit, ut damnaretur reus ex his caussis etiam ob culpam, propter quam non fit infamis: in re autem dubia hanc potius caussam damnationis accipi oportet. De actione de dolo non idem dicimus; propterea quod damnatus depositi quanvis simpliciter, & mitiore sententia, non potest tamen intelligi nisi ob dolum damnatus, ut ante ostendimus. Ergo & ad hoc genus recte referemus crimina ipsa graviora, si in his iudex eodem modo de facto silens eam quoque pœnam mitiorem adiiciat, quæ neque istis, neque aliis famosis necessario conveniat.

XLIII. Cui rei, ut existimo, oppositum exemplum nobis erit in ea specie, quam ex Ulpiano supra retulimus, exstatque in *L.* 3. in prin. *de decur.* ubi si quis ob falsi caussam, vel aliam de gravioribus non ad tempus sit relegatus, sed ad tempus ordine motus, scribit eum in ea caussa esse, ut possit post tempus in ordinem redire, significans & eum mitiori ista pœna esse consecutum, ne esset infamis. Ostendi supra, hoc potius tribui ei qui motus est ordine, quam relegato, quia ista motio irrogari possit & soleat etiam in crimine non famoso; ut proinde pœna non arguat iudicem crimen aliquod famosum prius notasse, eaque pœna afficere voluisse. Adiicere oportet, nec iudicem in illis exemplis Ulpiani quidquam de facto prius pronuntiasse. Id intelligi ex eo, primum quod in illis infamiam aut integram famam metitur ex genere solo pœnæ: deinde quia certi iuris est, si quis damnatus sit nominatim ex crimine famoso, quanvis ad tempus, & mitiori sententia eum sic infamem fieri, ut fiat perpetuo. *L. ordine, ad munici. L. ad tempus, de decur.* Postremo quia si de crimine ipso pronuntiasset iudex in exemplis Ulpiani, necesse esset dici aut pariter in omnibus damnatum infamem esse, aut pariter non esse.

XLIV. Sed omnem hanc distinctionem tollere videtur *L.* 3. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* atque hoc in universum statuere, mitiore sententia damnato infamiam remitti. Proponitur præses, cum severiorem sententiam iure dicere deberet adversus decurionem, mitiorem sententiam adversus eum dixisse certis rationibus motus, & cum vel relegare eum ad tempus posset, vel in longius tempus ordine movere, molliore sententia iussisse eum ordine decurionum abstinere. Respondent Imperatores damnatum hoc modo reum transacto tempore in numero infamium non esse; idque palam esse eo quod post biennium remisisse damnato prohibitionem decurionatus videtur. Et certe si illic in numero infamium non esse, intepretamur infamem non esse; non tantum adversatur hic locus prioribus; sed etiam certa & inexplicabili difficultate eius loci implicamur. Etenim his verbis, transacto tempore non esse te (decurionem) in numero infamium palam est, tria hæc significabuntur; primum de crimine famoso illic actum esse, ex quo damnatus aliquando infamis fuerit: deinde ex hac caussa damnatum mitiore sententia, intra tempus quo ordine motus est, infamem esse: tum qui per id tempus infamis fuerat, transacto tempore desinere esse infamem remissa illi infamia sententia iudicis. Ex quibus primum cum ad speciem facti pertineat, quæ talis incidere potuit, nullam iuris dubitationem recipit. Secundum etiam cum superioribus sententiis de pœna leviore positis congruit, quæ efficiunt, levioribus pœnis ex crimine famoso subiectos, nihilominus inter infames haberi. Tertium varie superioribus adversatur. Nam primum eamdem istam sententiam mutans statuit, leviori pœnæ subiectos, cum iudici visum est, puta post tempus certum, infames non esse, quanvis iudex de crimine famoso pronuntians initio infamiam irrogarit, contra certam sententiam. *d. L. ordine, D. ad municip.* Deinde difficultatem augens confirmat eum qui ad tempus infamis fuit, post id tempus eadem sententia desinere esse infamem; quasi sententia de facto famoso præcedente iuris auctoritas fuerit in potestate iudicantis, contra certam rationem iuris. *d. L. ordine.* Confirmat etiam eum qui ad tempus ordine motus est ex eo crimine quod infamiam importat, post tempus in ordinem redire, remissa videlicet infamia. Contra quam diserte definitum est in *L. ad tempus, D. de dec.* his verbis; *ad tempus*

pus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit.

XLV. Ad hæc concilianda nihil hic a vulgo interpretum exspectemus. Vulgaris [30] defensio est accepta ab Accursio, a Bartolo confirmata ad *d. L.* 3. & *L. quid ergo*, *§. pœna*, *D. de his qui not. infa.* cum quæritur, an leviore pœna & mitiore sententia irrogata remittatur infamia, interesse, utrum iudex mitiorem sententiam dixerit sine caussa, an ex caussa: ut si sine caussa dixit, non remittatur infamia: si ex caussa, remittatur. Et hoc sumi voluit ex *d. L.* 3. *C. ex quib. cau. infam. irrog.* quia proponitur illic præses mitiorem sententiam dixisse certis rationibus motus. Sed neque hæc defensio ad rem, & eum locum de quo agitur, quidquam pertinet; & si quid pertinet, per se falsissima est. Primum ad rem nihil pertinet. Nos enim agimus de pœna leviore non simpliciter, sed de leviore quam leges permittunt, ut verba sunt. *L. ordine*, *D. ad municip.* At quæ pœna irrogatur ex iusta caussa, etsi minor est quam pœna ordinaria, non tamen est levior quam leges permittunt; sed tanta, quantam illæ concedunt; ut sit nec gravior insto, nec iustn levior: nam ex iustis caussis licet ordinarias & solemnes pœnas minuere. *L. aut facta*, *D. de pœn.* Nihil ergo isti in hac defensione respondent de pœna leviore, de qua quæritur. Ac de ea etiam agi in *d. L.* 3. verba aperte demonstrant. Proponitur enim præses in caussa quæ proponebatur, debuisse severiorem sententiam dicere: debuisse, inquam, iure, quia ius eam sententiam exigeret, ac non tantum potuisse. Proinde cum in ea caussa mitiorem sententiam dixit, dixit mitiorem, quam ius concedebat, eoque & contra ius, nec ex iusta caussa. Nihil his patrocinatur, quod dicitur proconsul mitiorem sententiam dixisse *certis rationibus motus*. Aliud est enim certis rationibus, aliud iustis & iure cognitis. Potest iudex certis, id est, quibusdam rationibus privatim moveri, ut velit leviorem pœnam imponere damnato, ut tamen iustæ & iure cognitæ caussæ pœnam mitigandi nullæ sint. Et vero illic mitiorem sententiam ex iustis caussis dictam non esse supra probavi. Sed demus mitiorem sententiam quam leges permittunt, eam dici posse, qua pœna levior irrogata est ex iusta caussa: tamen & hæc ipsa sententia falsissima est, mitiore sententia ex crimine famoso damnatum, quanvis ex caussa, inter infames non haberi. Nam legitima & ordinaria pœna affectos ex eo crimine quod infamiam importat, omnes concedunt esse infames. Quanto magis ex eadem caussa damnatum infamem esse oportet, cui levior pœna irrogata est? Nam graviore pœna magis satisfit Reipublicæ; ac quo huic magis satisfit, eo magis pro ea satisfactione conveniebat minui eiusdem delicti infamiam. Nec ad rem pertinet, si pœna levior irrogata est ex caussa. Nam & legitima pœna maxime ex iusta caussa irrogatur, neque eo magis prodest damnato ad infamiam deprecandam. Sed & hac sententia admissa, mitiore pœna ad tempus ex caussa irrogata infamiam post id tempus remitti, incidunt in eas reprehensiones, quarum difficultatem expedire non possunt, ut dicant eum decurionem, qui semel infamis esse cœperat, & fuerat per biennium, post biennium desinere esse infamem, & simul ad tempus ordine motum ex eo crimine quod infamiam damnato importaverat, finito tempore in ordinem redire: quibus & certi iuris ratio, & omnia veterum responsa reclamant. Quem sententia iudicis damnatum infamia liberat, quanvis ad tempus damnatus sit, puta ad tempus relegatus, aut ad tempus ordine motus, eum tamen non post tempus, sed statim liberat. *L. in servorum*, *§. ultim. D. de pœn.* Volunt eum qui ad tempus ordine motus est, transacto tempore infamia liberari. Admittant igitur & eum liberari ante: quod negant. Quod si quis ex crimine famoso damnatus ab initio notatur infamia; repugnat iuris ratio, quominus eadem sententia quandoque infamia liberetur. Cum enim semel ius ex sententia iudicis infamiam irrogavit, huius iuris auctoritas in potestate iudicantis non est, ut eam pœnam minuat præsertim pœna leviore. *d. L. ordine*, *ad municip.* *L.* 1. *§.* 1. *D. ad Turp.* Ex quo etiam est illud istis plane adversarium, ad tempus ordine motos ex crimine graviore famoso, in perpetuum

30) Et Baro *ibidem*. Si certa ratione, inquit, sententia clementior lata, famam retinet reus; contra, si sine ratione. Duar. *ad h. t. D. Cap.* 4. quia, ait, iudex propter circumstantias pœnas minuens ostendit, reum infamiæ nota dignum non esse. Aliud igitur si nulla ratione, sed gratia tantum ductus. Et Freh. *Cap.* 7. *n.* 12. sic: Aut ex caussa minuente delictum; ut iuventute, senectute, ira, &c. (quæ fuse persequitur Tiraq. *de Pæn. temp.*) & tunc cessat infamia. Aut ex alia caussa iudex pepercit reo, ut propter dignitatem natalium, merita maiorum, vitam anteactam, intercessionem aliorum, artificium insigne, ex mera gratia, & tunc non cessat. *Ibid. n.* 11. reiicit distinctionem Glossæ an caussæ cognitio processerit, quia immo nunquam pœna infligitur, nisi ea prævia.

petuum motos videri. *L. ad tempus*, *D. de decur.*

XLVI. Quid ergo de obiectione *d. L.* 3. dicimus? Id quod initio præfati sumus, si in eo rescripto de decurione post biennium infamia liberato agitur, itaque verba interpretamur; locum plane esse tam multis superioribus contrarium, neque hanc repugnantiam ulla distinctione vitari posse. Quod si in eo rescripto de caussa famosa non agitur, eoque nec de decurione infamia sententia iudicis liberato; res expedita est, neque illic quidquam dicitur de mitiore sententia, quod iis quæ ante diximus, adversetur. Quod enim dicitur *levioribus pœnis quam leges permittunt*, *subiectos nihilominus inter infames haberi*; meminisse oportet dici de iis qui alioqui damnati sunt ex eo crimine, quod nisi aliud impediat, infamiam irrogat: in quo negatur hanc leviore pœna imposita impediri. Quod si quis ex caussa non famosa mitiore sententia dicta ordine ad tempus motus est, nihil habet contrarii omnino, si hunc dicimus nunquam infamia notari. Non enim eo dicimus, quia mitior sententia eum liberaverit infamia: sed quia damnatus est ex caussa non famosa; in qua etsi pœna legitima mulctatus esset, non tamen efficeretur infamis. Atque ego de eiusmodi caussa agi interpretor in *dict. L.* 3. deque eo decurione, cui decurionatu abstinere iusso in biennium, non remittatur infamia, quæ nulla ante præcesserit, sed sola decurionatus prohibitio. Primum id responsum rescripti satis ostendit. Cum enim respondeatur decurionem transacto biennio in numero infamium non esse, eo quod post biennium remisisse illi prohibitionem decurionatus iudex videtur: apparet non fuisse quæsitum, an iudex mitiore sententia damnato remiserit post biennium infamiam; alioqui & de eo respondendum erat, atque huc ratio aptanda: sed an post biennium remiserit iudex decurionatus prohibitionem; de quo & propterea respondent Imperatores. Nec quisquam putet, nullam hic caussam esse posse, cur dubitetur, an is qui ad tempus decurionatu prohibitus est, desinat post tempus prohiberi, si infamia non impediat. Erat enim in specie eius rescripti iusta de eo dubitationis caussa, quæ & verbis rescripti in principio declaratur. Proponitur enim præses debuisse ex iure severiorem sententiam dicere, quam ut decurionem ordine tantum moveret, aut moveret tantum intra biennium. Cum ergo præses id non fecisset, sed præter quam quod ius promittebat, biennio tantum decurionatu abstinere eum iussisset, merito dubitabatur, an præses hac sententia post biennium remisisse prohibitionem videretur, quasi non potuisset remittere contra ius. Respondent Imperatores, remisisse videri, significantes & eum potuisse. Non quod non sit iniusta sententia, a qua & appellare accusator potest: sed quia si appellatum non sit, sententiæ standum est. *L. cum prolatis*, *D. de re iudic.*

XLVII. Sed parum sit responsi verba, quibus alia verba rescripti opponi possunt, nisi res & sententia rescripti interpretationem superiorem exigeret. Nam si admittimus decurionem illum motum ordine in biennium, per id tempus fuisse in numero infamium, idest, infamem, transacto autem tempore desinere infamem esse, & recipere decurionatum; inducimus sententiam eo vitio laborantem, quale in nulla lege, si quo modo vitari potest, admittere debemus. Satis enim iam ostendimus leviori pœnæ subiectum ex crimine famoso, quale hic interpretes esse volunt, nihilominus etiam post tempus pœnæ præstitutum inter infames haberi. *L. ordine*, *D. ad municip.* Item infamiam semel sententia irrogatam sententia iudicis contra auctoritatem iuris remitti non posse. *d. L. ordine.* Item ad tempus ordine motos placere in perpetuum moveri. *L. ad tempus*, *de decur.* Atqui hæc omnia superiore sententia evertuntur. Quo fit, ut necesse sit hac admissa totidem vitia admitti, nullo modo ferenda, si quomodo ut dixi, illa vitari possunt. Sed opponuntur huic sententiæ manifesta, ut videntur, verba. Etenim decurionem ex superiore sententia ordine motum in biennium, transacto tempore in numero infamium non esse, quid quæso aliud significat, quam transacto tempore non esse infamem, ante autem id tempus infamem esse? Ego vero etiam aliud significari recte defendi arbitror, atque illud dici, hæc verba esse in numero infamium, ambigua esse. Sane enim recte & usitate dicitur in numero infamium esse, qui & ipse vere est infamis. Sed potest, ut existimo, etiam non male dici esse in numero infamium, qui conditione personæ non infamis, re ipsa in sui loci atque ordinis functione, eodem loco sit quo infamis: dum scilicet perinde ab his removetur, ut infames solent. Talis est autem decurio iste per id tempus, quo ordine motus est. Quippe qui non magis per idem tempus decurionatu fungi potest, quam qui sunt

infames. Poſt quod tempus cum in eo numero eſſe deſinat, ut qui ordinem recipiat, eoque fungi poſſit, recte dicitur non amplius eſſe in numero infamium, ut prius fuerat. Etſi prior ſignificatio uſitatior eſt; tamen cum oratio in alteram partem quoquo modo accipi poſſit vel abuſive res huc redit, ut quærendum ſit, utram ſignificationem in hac ambiguitate accipere debeamus. Iam vero in hac re certi iuris regula utimur, in ambigua voce legis eam ſignificationem capiendam eſſe, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Satis autem demonſtratum eſt priorem illam ſignificationem, quam magis verba oſtendunt, & uſus terit, ita vitioſam, eſſe, ut defendi iure non poſſit. [31] Quare poſterior ex certa lege interpretationis ſumenda eſt.

XLVIII. Rurſum opponitur *L. 4. C. eod. tit. ex quib. cauſ. infam. irrog.* ubi, ut vulgata lectio eſt, ſic ſpecies facti proponitur, quaſi Poſidonius quidam in tempus anni relegatus ſit, cum eſſet quinque annis exilio temporali damnandus. Quibus verbis aperte proponitur is adverſus quem ſeverior ſententia dici debebat, mitiori ſententia eſſe damnatus. De quo tamen illic indiſtincte reſpondetur, inter infames eum haberi non oportere. Et locum contrarium putaremus, niſi ratio illic ſubiecta oſtenderet non de mitiore ſententia quæſtionem propoſitam eſse, ſed de ſeveriore: ideoque cum ſecus proponatur initio ſpecies facti, locum mendoſum eſſe. Nam quod prius dixerant Imperatores Poſidonium illum inter infames non haberi, eius hanc rationem ſubiiciunt; *quoniam ſententiæ ſeveritas cum cæteris damnis tranſigere videtur*. Ergo aperte ſic ſpeciem facti & quæſtionem Imperatores accipiunt atque adeo ſic ponunt ipſi, quaſi ſeverior ſententia in propoſito adverſus Poſidonium dicta ſit, non mitior; quam etiam ob cauſſam reſpondent eum inter infames haberi non oportere. In quo conſtituunt hanc ſententiam gravioribus pœnis quam legibus ſtatutæ ſunt, affectos quanvis ex crimine famoſo, tamen quaſi tranſacto negotio ignominia liberari: quæ & ſententia veriſſima eſt, & ſupra a nobis pluribus confirmata, recteque ad eius auctoritatem iſtius *L. 4.* teſtimonio initio uſi ſumus. At ſpecies facti aliter proponitur. Sed cum Imperatores diſertis verbis exprimant ſeveriorem ſententiam illic dictam eſſe; quibus potius de facti propoſitione credendum eſt, quam ipſis: cumque verba facti diſſentiant, cui dubium eſſe poteſt vitioſe illa legi? Et certe levis error eſt, & obſervatu facilis. Leguntur illic hæc verba, *Poſidonium relegatum & damnandum*. Converte hæc tempora, ut ſit: *Poſidonium* [32] *relegandum damnatum eſſe*, rectam ſententiam & affirmationi Imperatorum congruentem reſtitueris. In quibus verbis vel potius temporibus tranſponendis quam facilis error fuerit, nemo non vidit. Sic ergo optime & ſecum ipſa, & cum aliis locis conſtabit totius loci ſententia, ſi legamus hoc modo: *Si Poſidonium in tempus anni relegandum* (vulgo relegatum) *ſententiam non exceſſiſſe proconſulis probaveris quinque annis exilio temporali damnatum* (vulgo damnandum) *inter infames haberi non oportet: quoniam ſeveritas ſententiæ cum cæteris damnis tranſigere videtur*. Et vero quomodo aliter cohærere hæc ratio cum prioribus poteſt, non dico in iure, ſed etiam in facto? Niſi forte cum Accurſio interpretemur ſeveritatem ſententiæ non dictæ, ſed dicendæ. Quod plane ridiculum eſt. Quaſi dici poſſit

31) Aliter Cuiac. 20. *Obſ.* 38. ſecundum ius vetus pœnæ legitimæ, vel mitioris immortalem infamiam eſſe, ſed ex edicto Antonini ad tempus ordine motum, poſt tempus honores recipere *d. L. 3. §. 1. de decur. L. 1. C. de his qui in exil. dati Lib.* 10 *tit.* 59. & Freher. *Cap. 7. n. 13. & 2. ſeqq.* ac Ant. Fab. *in L. 8. de poſtul.* quod in *d. L. 5.* dicitur rationi ſeveræ convenire ſcribens. Sed corrigi eam ſententiam in *d. L. 8.* verſ. *nec adhibetur diſtinctio.* Novum enim ius conſtituiſſe Antoninum *d. L. 1. C. de his qui in exil.* verbo *poſthac*, & Cuiac. *in d. L. 1.* Sane Duar *ad tit. de poſtul. Cap. pen.* reſp. *ad d. L. 8.* finito tempore ſententiæ, infamiam quidem perſeverare *d. L. 5. de decur.* aſt non eam, effectum ſuum ad poſtulationem porrigere *d. L. 8* Quod durum eſt, cum immo omnes infames ab advocatione pro aliis arceantur. Tutius dici puto, hunc ſenſum eſſe *d. L. 8.* non adhiberi diſtinctionem quo crimine pœna irrogata, id eſt, non inquiri in illud, tunc cum, nec nominatim ſententia delictum famoſum expreſſum eſt, nec ex genere pœnæ de eo apparet. Subditur ratio: *Ne pœna tempore determinata ulterius porrigatur*. Quæ infamiæ non convenit, quia hæc tempore non determinatur, nec facto iudicis condemnantis infligitur, ſed ab ipſa lege ſententiam notante *L. 43. §. 12. in fin. de ri. nupt.* Aſt acriter adhuc obſiſtit *d. L. 1. C. de his qui in exil.* ubi diſerte: poſt impletum temporis ſpatium, non prorogari infamiam. Niſi dicamus *infamiam* ibi latius ſumi, pro opprobrio quodam ipſam remotionem ab officio comitante, proindeque recepto eo, ceſſante. Quod ſi cuius palato non faciet, neceſſe habebit ſtatuere quandam infamiam temporariam. Sicuti Weſ. *in Par. h. t. n* 8 infamiam ex crimine ipſo iure famoſo perpetuam ſtatuit, cum legis effectus ſit perpetuus, ac iuris auctoritas in poteſtate iudicantis non ſit, quod alias fieret, ſicuti & Donellus hic arguit. At ſi ex delicto, cui pœna arbitraria eſt, infamiam nominatim iudex imponat, una cum coercitione: tunc eius tempore elapſo, & hanc, ceu acceſſorium una tolli.

32) Ita & Cuiac. *in L. 1. C de his qui in exil. dati Lib* 10. *tit.* 50. & Bocer. *in Diſquiſit. de L 2. ace-lion. ſubiecta Tr. de crim laeſ. maieſt. pag* 233. Mitiori malagmate locum ſanat Duar. *h. t. Cap* 4 qui ibi duplicem iudicis ſententiam ponit. (1) Proconſulis de relegatione annali, a qua provocatum, ſed interim reus ſententiam non exceſſit; nam ſi exceſſiſſet pœna iuſte augeretur *L. 8 §. 7. L. 28. §. 13. de pœn.* 2 Præfecti prætorio, iudicis appellationis, qui cum quinquennali exilio, & ita gravius damnaverit: ſententiæ ſeveritas cum damnis temporis longioris tranſigere videtur?

sit transigere cum cæteris damnis ea sententia, quæ non est, nec unquam fuit, ac nec esse potest. Atqui talis est sententia quæ ex iure dici debuit, sed nec dicta est, nec potest postea dici, cum iudex aliam dixerit, quam mutare postea non potest. *L. iudex. D. de re iud.*

XLIX. Quibus expositis cognitum est genus secundum infamium, positum in iis caussis & personis, quas non ius, sed sententia notat. Cuius hæc est summa; ut si quis in aliquam caussam ex iis quæ supra in hoc genere comprehensæ sunt, inciderit; ex his damnatus, sit; ex his damnatus suo nomine, is sit infamis, nisi etiam sententia remiserit infamiam: quod graviore corporali pœna imposita semper accidit: mitiore imposita, nunquam; nisi cum iudex de facto potius, quam de iure pronuntiavit: quod fit, cum de facto de quo agebatur, in sententia silens eam pœnam irrogavit reo, quæ non necessario cadat in famosos, seu quæ etiam non famosis possit convenire. Ex quibus conditionibus, ut hoc quoque ad explendum hoc genus adiiciamus, licet observare multis modis in hoc genere vitari infamiam: quos quia utile est in promptu habere, paucis indicabo. Et in summa quanvis in causam aliquam ex iis quæ sunt huius generis ita quis inciderit, ut si conveniatur, possit ex his damnari, ac damnatus sit famosus: tamen 33 tribus modis summis ex hoc genere vitatur infamia. Uno si quis de his caussis paratus iudicio contendere, curet, ut per procuratorem defendatur. Sic enim consequetur, ut neque ipse fiat infamis, neque procurator. Ipse, quia non damnabitur, sed procurator. *L. 1. C. de sent. & interl.* Procurator, quia damnabitur is quidem, sed alieno nomine: quo nomine qui damnantur, ex superiore iure non sunt infames 34 *L. furti. §. 2. D. de his qui not. infam.* Altero modo vitabit infamiam, si quis det operam, ne ad sententiam condemnatoriam perveniatur. Quod multis modis consequi potest. Alias volente adversario, si puta 35 paciscatur cum eo de lite, aut transigat, quibus in caussis id facere licet sine infamia; ut in actionibus ex contractu descendentibus. *L. in actionibus D. de his qui notan. infam.* Alias etiam adversario invito; si quanta pecunia debetur ex actione famosa, tantam offerat actori ante litem contestatam, & illo accipere recusante solemniter obsignet. Erit hæc obsignatio pro solutione. *L. obsignatione, C. de solut.* Quomodo debitor liberatus, uti actione omni solutus est, ita iam ex actione neque iudicium, neque iudicii sententiam 36 metuet. Hæc cautio traditur in *L. si reus, D. de procur.* Licet idem offerre & post litem contestatam: sic tamen, ut tum non liberetur reus obsignatione, sed res tota dirimenda sit officio iudicis, ut est in eadem *L. si reus.* Sic autem dirimet iudex, ut si animadvertet tantum offerri, quantum debetur, atque hoc modo satisfieri actori, ferat quidem sententiam, sed qua reum non condemnet, sed absolvat. *§. ult. Instit. de perp. & tempor. act.* Ita etiam consequetur 37 illa oblatione reus, ut liberetur infamia: qua non notantur absoluti, sed

33) Septem modos, sed qui his fere continentur refert Wes. *in Par. h. t. n. 9.* add. Freher. *de Infam. Cap. 8. num. 27.*

34) Ubi aptior vulgata lectio *nec ego*, quam probant Hot. 7. *Obs.* 16. Cuiac. *ad L. 3. §. ergo etiam de dolo* cum Florentiæ legatur *nec ergo*. Ad infamiam enim & condemnatio, & caussa, seu delictum, requiritur. Alterum in Procuratore deest, alterum in domino, A. Fab. *ad d. §. 2.* Et quia dominus non condemnatur, nisi ficte, nec in eum obligatio descendit a Procuratore, quæ non in huius persona, prius initium cœpit *L. 11. de O. & A.* Quare infamia, quæ non inhæsit in persona Procuratoris, per eam, ad dominum transire nequit: ita Marc. de Mantua *Singul.* 26. Hinc mirabile consilium hoc dicit Bart. *in d. §. 2.* pro eo, qui actione famosa conyenitur, Ant. Fab. ib. Freh. *Cap. 8. n. 8.* Gail. 2. *Obs.* 102. *n. 7.* Beust. *ad L. 9. §. 2. de iuret. n. 9. & seqq.* Quare & Syndicus in caussa famosa patriam defendens, & damnatus, non fit infamis *L. 9. C. h. t. L. 4. C. de delator.* Freh. *Cap. 6. n. 6.* Facti tamen infamia, illic vitari nequit *L. 2. de obs. par.* Sed & qui litigare ipse cœpit, iudicium in Procuratorem transferre posse, volunt Freher. *d. n. 8.* Adeo ut & domino, qui totam litem ipse per se prosequutus, consuli censeant, si det Procuratorem ad audiendam sententiam, Marc. de Mantua *Singul.* 26. *&* 384. ubi tamen subdubitat, num non possit iudex sententiam hoc casu, in ipsum dominum ferre. Et obsistunt extrema *d. §. 2.* argumento a contrario.

35) Ratio dubitandi hic, eadem ratio præsumptæ confessionis *L. 5. h. t.* & Ratio decidendi *in d. L. 7. non tam turpis hic pactio.* Ratio rationis, quia in contractibus perfidia, non tam caussa, quam materia actionis. Caussa enim est obligatio ipsius contractus. In delictis autem est, & caussa, & materia. Et qui paciscitur de contractu, fatetur quidem se contraxisse, at non item se fidem violasse, nisi forte per consequentiam, Ant. Fab. *in d. L. 7.* melius quam Freher. *Cap. 8. n. 25.* quia in iudiciis ex delicto, pœna semper venit, quam nummis paciscens, redimere frustra conatur. Alia autem rei persecutoria sunt.

36) Quod etsi Freher. *Cap. 8. n. 26* non absurde videatur restringere ad iudicia ex contractibus; Nam ea delictis si transactio infamat, per seqq. ob præsumptam confessionem, magis solutio, ea maiori ratione: *L. pen. C. de re iud.* receptius tamen est, idem in delictis locum habere. Quod in specie de actione iniuriarum, quod æstimatione soluta tollatur, tradit Beust. *ad L. 9. §. 2. de iuret. n. 10.* & addit. *ad Diff. iur. Civ. & Sax. 7. P. 4 n. 14. & n. 19.* & fusius firmat, Gail. 2. *Obs.* 103. ubi conclusum fuisse, docet, etiam post conclusionem in caussa, & sententiam præambulam ratione æstimationis, ante tamen sententiam condemnatoriam, reum ad solutionem admitti, ut infamiam effugiat, quia, ait *n. 3* solvere potest, ut iudicium evadat. Sicuti cautionem dat Mathesilan. *Singul* 83. ut ex delicto conventus, totum, ad quod condemnari potest, offerens, dicat se malle pecuniæ iacturam facere, quam iudicii aleam subire, quia lites agere non didicerit.

37) Vid. Wes. *in Par. h. t. n. 9.* ubi distinctionem Socini refert, quod si caussa ipso iure famosa, necessaria sit oblatio ante litis contestationem: Sin iudicatus demum infamis,

sed damnati. Quod si quis etiam iudicio famoso damnatus erit sententia iudicis, sic tamen vitare poterit infamiam, si intra legitima tempora appellet, & pendente appellatione eadem faciat, quibus eum consequi supra diximus, aut ne veniatur ad sententiam, aut si ventum erit, ut absolvatur. Nec impediet prior sententia infamiæ vitationem: quoniam appellatio eam senteutiam [38] exstinxit. *L.* 1. in fin. *D. ad Turpil.* Tertio modo vitatur infamia quanvis ex supra scriptis caussis damnato, opera & beneficio iudicis, si is remiserit infamiam: quod quibus modis fiat, modo diximus. Ac de secundo isto genere infamium satis dictum est.

L. Est & tertium genus, ut proposuimus positum in iis caussis, quas notat non solum sententia, sed & pactio, id est, ex quibus notatur quis infamia, sive ex his damnatus, sive de his pactus fuerit: quales proponuntur in edicto *L.* 1. *clausula*, qui furti. *D. de his qui notan. infam.* Non sunt in hoc genere omnes caussæ, ex quibus damnatum sequitur infamia; sed quædam ex his dumtaxat: cæteræ eiusmodi, ut in his sola sententia infamem faciat, non etiam pactio. Et huius generis sunt actiones ex contractu proficiscentes. In his, inquit Paulus, *licet famosæ sint, & damnati notentur, attamen pactus non notatur: merito; quoniam ex his caussis non tam turpis est pactio.* Hoc ille in *L. in actionibus, D. de his qui notan. infam.* Ita relinquuntur sola crimina & delicta famosa, quæ ad hoc genus pertineant, id est, quæ ut notantur sententia, ita notentur & reo de his pacifcente. Et tamen nec ea quidem omnia in hac caussa. De iis criminibus, quæ mortis pœnam continent pacti, infames non sunt. Idque inde intelligimus, quod dicitur de his criminibus pacisci licere. *L. transfigere, C. de transf.* Item in his criminibus non nocere ei qui adversarium corrupit, ut pacisceretur se de his non acturum: ignoscendum enim ei, qui sanguinem suum qualitercumque redemptum voluit [39] *L.* 1. *D. de bon. eor. qui ante sent. mor. sibi consf.* Non licet de his pacisci, nisi licet sine infamiæ damno. Non enim licet iure, nisi quod impune licet. *L. Gracchus, C. de adul.* Multoque minus dici potest non nocere de his pacisci, si pactio adfert infamiam: quid enim infamia existimationi nocentius? His criminibus exceptis, cætera quæ ex sententia famosa esse diximus, omnia sunt in ea causa, ut & de his pacti notentur infamia. De quatuor quidem tantum sive delictis, sive criminibus huius generis comprehensum est edicto, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo & fraude, *d. L.* 1. illic, *qui furti, de his qui not. infam.* Sed non eo minus & de cæteris criminibus omnibus quæ mortis pœnam non ingerunt, quæ quidem ante in numero famosorum habuimus, idem intelligendum est: ut expilatæ hereditatis, sepulchri violati, calumniæ, prævaricationis, tergiversationis, & similibus. Cur enim placeat de furto, vi bonorum raptorum, Iniuria, dolo pactos infames fieri, hæc ratio a veteribus redditur, quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. *L. quoniam,* 5. *D. de his qui not infam.* At eadem ista ratio in cæteris criminibus obtinet: de quibus hoc [40] traditur eum qui in his accu-

famis, licita usque ad sententiam. Quam licet vero consonam putet, contra tamen indistincte servari, scribit. Ego non video, quomodo unquam in caussis ipso iure famosis, oblatio nota eximere possit. Nec qui hæc, sine aperta pugnantiæ implicatione, accipi queant. Diff. A Fab. 12. *Coniect.* 16. qui vers. *sed hoc constat d. L.* 73. glossema Triboniani statuit.

38) Facit *L.* 14. §. 8. *de bon. lib.* vid. *supra h. C. N.* 22.

39) Quæ ratio a plerisque redditur, quos laudat Delrio *ad d. L. transfigere n.* 35. Cuius rationis ratio, quia si & hic pro confesso haberetur, sponte sua semet iugulare, & sibimet ipse mortem consciscere videretur. Ast leges neminem supplicio perire volunt, nisi qui liquidis probationibus tenetur, Connan. 7. *Comm.* 5. *n.* 2. & probat Matth. Klock. *in d. L. transfigere P.* 1. *Cap.* 2. licet & aliam rationem adiungat, sed ita obscuram, ut quid ea sibi velit, non facile liqueat. In reliquis autem, transactio pro confessione; quia cum sponte sua liceat exulare, aut bonis suis exui, eandem pœnam confessione sua quis subire potest. Quia vero in *d. L. transfigere* crimen capitale dicitur, quod sanguinis pœnam ingerit, ideo hoc ad ultimi supplicii pœnam restringi, vult Delrio *ibid. n.* 37. *& seqq.* nec idem statuit in iis, quibus pœna fustigationis, vel mutilationis membri, cum, sanguinis pœnam, non aliam, quam mortis denotare, statuat *L. ult. de prævaricat. L. ult.* §. *ult.* C. *de iuda.* Etsi vero Zas. *in Par. h. t. n.* 19. transactionem quidem valere, scribat, sed tamen eandem, ceu fictam confessionem, infamare, recte tamen hic noster & Myns. 6. *Obs.* 22 Vult. *in tit. 4. de pœn. tem. litig. n.* 29. Gail. 1. *de pa. publ.* 11. *n.* 21. Nam & ratio *d. L.* 1. *de bon. eor.* convincit transactionem hic, pro confessione non haberi. Et confirmat Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 17. *n.* 4. quia in his, ad infamiam requiritur damnatio *L.* 7. *de publ. iud.* Et *n.* 8. *pag.* 394. rationem differentiæ belle reddit. Quia cum in his non tantum de re familiari, & privata iniuria agatur, sed & de publica vindicta, ac principaliter quidem: pactio, vel transactio efficit sane, ne accusator idem crimen repetere possit: ast non impedit, quo minus alius de eodem agere, & iudex contra reum procedere possit, quod & contra Cuiac. 6. *Obs.* 11. & Ræv. 4. *Var.* 6. adstruit Delrio *d. loc. n.* 59. *& seqq.* Quare exspectatur sententia, ad inurendam infamiæ notam. Quid enim si transactionem absolutio sequatur. Absurdum certe ex pacto notari, de cuius innocentia, iudicio constiterit. In privatis iudiciis alia ratio, quia nulla superest, nec exspectatur alia sententia, cum post pactum, lis de eo negocio, nec ab eodem, nec ab alio, moveri possit. Plane iure Saxonum super furto (quod eo iure capitale) aliove crimine, sub nota infamiæ, transigere vetitum *Lib.* 1. *Art.* 37. *&* 65. *& Lib.* 2. *Art.* 13. *Diff. iur. Civil. & Sax.* 34. *P.* 4.

40) *L.* 4. *de iure fisci.* Metu enim pœnæ, & conscientia delicti, censetur pepigisse, cum non credatur suum indebite iactare, Wesenb. *in Par. h. t. n.* 5. Freher. *Cap.* 8. *n.* 22. qui & hoc argumento concludit *ibid. n.* 24. *&* Cap.

accusatorem corrupit, pro victo haberi. *L. ult. D. de prævar. L. eius, D. de iure fisc.* Qui corrupit, id est, qui pactus est cum eo, ne secum ageretur, si pretium vel modicum dederit. *L. 4. D. de iur. fisc.* quomodo & pactus accipitur in edicto de infamibus: de quo mox *L. furti, §. pactusve, D. de his qui not. infam.* Quare hac ratione & in cæteris criminibus ex sententia famosis idem ius & adversus pactos statuendum est *L. illud, D. ad legem Aquil.* Quod si prætor de eo, qui calumniæ prævaricationisve caussa quid fecit, edicens tantum de eo qui quid istorum fecisse iudicatus est, cavit; non etiam de eo, qui eo nomine pactus est: eo factum existimari debet, quia quid de eo qui accusatorem in criminibus corrupisset, satis aliis partibus iuris caveretur: quod non item ius certum erat in privatis & pecuniariis actionibus quanvis ex delicto proficiscentibus.

LI. Sed pactum in hac parte quomodo accipiamus, diligenter videndum est. Neque enim omnem placet accipi, qui quoquo modo pactus est. Quem igitur? Eum qui sine iussu iudicis pretio interposito quantocunque pactus est de delicto crimineve, ut ab eius actione aut accusatione discederetur. Qui [41] iussu prætoris quanvis pretio dato pactus est, placet iussu excusatum non notari. *L. furti, §. pactusve, de his qui not. infa.* Sic enim iussus magistratus obtemperantem crimine liberat. *L. quamquam, in prin. D. de aq. plu. arc.* omninoque recte dicetur, quemadmodum non caret dolo, qui imperio magistratus non obtemperat, ut est regula iuris: *L. non potest dolo, D. de regul. iur.* ita contra carere dolo eum, qui obtemperet. Sed & qui sine pretio pactus est, ne secum ageretur, dum hoc precibus impetrat ab adversario; placet [42] eum non notari: inhumanum enim esset non esse veniæ locum: hoc item in *d. L. furti, §. pactusve.* Cui recte subiicitur *ibidem*, quod dicitur eum qui iureiurando delato [43] iuravit se non deliquisse, non esse notatum. Est enim ei quod de gratis paciscente dictum est, plane consequens. Quod tamen prima facie potius valde alienum videri potuit. Agimus enim de eo qui in crimine famoso damnatus, pactusve est. At qui iuravit, non condemnatur eius delicti nomine, de quo iuravit, sed absolvitur. *L. non damnatos, C. ex quib. caus. infa. irrog.* Sed nec de eius pacto quidquam proponitur. Quid igitur qui iuravit ad hunc locum? Nempe quia in eius quoque iureiurando inest pactio, si iurave-

Cap. 12. n. 9. cum qui in caussa famosa iusiurandum calumniæ detrectat, eamde infamem fieri, quia & is pro confesso sit *L. un. §. 7. C. de iurei. pro cal.* Cum vero ratio illa *d. L. 5.* maxime autem rationis ratio, cuivis pactioni, etiam extra iudicium initæ conveniat, recte Freher. *d. n.* 24. satis esse ad hoc quomodocunque confessus sit, etsi si pactio extra ius inita, confessio pro iudiciali haberi nequeat Quanvis Wesenb. *in Par. h. t. n.* 5. requiri litis contestationem scribat, ut quis ex pacto notetur, quod ante litis contestationem utique pactio licita sit *L. 56. L. 58. §. pen D. L. 13. C. de furt. L. 17. §. 1. de pact.* Et quia nec vera confessio extraiudicialis, nedum præsumpta, ad damnationem sufficit. Cui consentit Klock *in L. transigere P. 3. Cap. 2.* quia non temere hæc iuncta edicto, *damnatus pactusve*, quo innui vult, de ea solum pactione, quæ in iudicio, ante sententiam interponitur, Prætorem intelligi voluisse. Quos refellit *d. L. 6. §. 3. h. t.* verbis, *ne secum ageretur*. Ponitur ibi aperte pactio inita, ante litem ordinatam, & tamen nisi gratuita sit, famosam esse inde colligitur. Sed &, quod hi non attendunt, plane diversa sunt paciscentem notari infamia, & pacta non valere. Quin imo in delictis privatis etiam post litis contestationem pactum semper valet ad hoc, ut reus actione liberetur, & ita accipiendæ *dd. LL. pluresque similes*, sed non ut fama integra servetur reo paciscenti. Nam & ubi infamia infligitur, pactio, vel transactio rata est, Valla *de Reb. dub. Tractat.* 17. *n.* 1. *&* 2. Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 24. Delrio *in d. L. transigere n.* 167. Et quibus & ratio altera Wesenbecii concidit. Neque enim huius fictæ confessionis ea vis, ut paciscens sententia iudicis, in pœnam delicti condemnetur, sed lex ipsa, vel edictum, ignominia pactionem notat, sine ulla iudicis opera. Obiic. At si honesta ratio redimendi sanguinis, etiam redimendæ existimationis, cuius par cura habenda. Resp. Ant. Faber *ad d. L.* 5. alia ratio vitæ, quam si redimere velit reus, quanticunque criminis, dignus cui ignoscatur. Est enim aliqua etiam improbissimi vita. At existimatio nulla est, nisi quam videri debeat amisisse. Eo enim ipso, quod deliquit, parvi fecit famam. Quare non debet Prætor plus indulgere ei, quam ipse sibi.

41) Non quod edictum suum interpretari, & lenire Prætor ita videatur, ut Ant. Fab. *ad d. §. 3.* Neque enim famam edicto prætoris ablatam, Prætor ipse reddere potest, ut idem Faber *ad L. 1. §. 10. de postul.* Sed quia confessio eius fingi nequit, qui parere coactus. Idenque iussus iudicis in pœnis, iuste excusat *L. 167. §. 1. de R. iur. Cap. quod quis 23. eod. in 6.* Wes *in Par. h. t. n.* 5. Freh. *Cap.* 8. *n.* 27. Unde ita transigentes, circumspectos esse, iubet Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 16. ut iudicis ordinarii auctoritate transactiones ineant. Sed in Camera, denegari confirmationes transactionum in caussis iniuriarum testatur. Putaverim vero rationis esse, ut non quælibet comprobatio transactionis, sponte partium prius initæ, huius effectus sit, alias pœna legis posita erit in voluntate iudicis. Sed iussus demum casibus iis, quibus ad compositionem partes compelli possunt, & ubi caussa anceps, & controversa vid. Freher. *d. loc.*

42) *L. 18. C. h. t.* Quia tunc reus nec suum factat, nec aliud quid facit, unde suspicio delicti admissi oritatur. Quare præsumptio confessionis cessat. Unde in *L. 4. de I. fisci* pacti ita demum pro confessis, si pretium dederint, Wes. *in Par. h. t. n.* 5. Freher. *Cap.* 8. *n.* 23. Delrio *ad L. transigere n.* 129. *&* *n.* 173. Ac etsi & hic pro confesso esset, ut esse putat A. Fab. *ad L. 5. & ad L. 6. §. 3. h. t.* quod nulla apertior confessio sit, quam si precibus quis impetret, cum non magis his, quam pretio egeat innocentia. Quia tamen offensus deprecatione demulsus, damnum, iniuriamve, cum vindicta remisit, delictum fere pro infecto habetur, itaque plena venia reus potitur: belle Freher. *d. Cap.* 8. *n.* 24.

43) Tradunt & alias cautelas evitandæ hoc casu infamiæ: veluti ut in transactionis instrumento declaret reus, se non conscientia delicti, sed odio litis, & ad evitanda illius impendia, & vexationes, pacisci, aliave caussa exprimatur, quæ præsumptionem confessionis excludat, Wes. *in Par. h. t. n. 5. p.* 165. Freher. *Cap.* 8. *n.* 27. Quod si simpliciter admittimus, via facilis parata iam huic fraudem faciendi. Quin igitur, ita demum infamia liberandus paciscens, si docere paratus, se non pro mala conscientia dedisse, sed studio litis fugiendæ, seu si innocentiam suam probare possit, arg. *L. 18. C. h. t.* Ant. Fab. *in L. 5. h. t.*

raverit, ut ab omni lite discedatur. *L. sed etsi*, 25. *L. qui iurasse*, in fin. *D. de iureiu*. Hinc ergo quæstio, quoniam qui iuravit de furto, pactus est, an non fiat infamis ex edicto, quod simpliciter etiam pactos notat. Et apte atque in loco monemur iurantem non ideo fieri infamem; quia etsi in eo iureiurando insit pactum; tamen qui ita pactus est, pactus est nullo pretio dato. Quomodo pactos negamus infamia notari. Omnes autem partes superioris definitionis commode complexa est una. *L. non damnatos*, *C. ex quib. caus. infa. irrog.* Ex quibus non minus intelligetur, quibus modis in hoc genere paciscendo vitetur infamia. Pacti species est transactio; certe non est transactio sine conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Proinde & qui de damno delicti transigit, non minus infamis fiet ex suprascriptis caussis. Indicat *d. L. non damnatos*, *C. ex quib. caus. infam. irrog.*

LII. Generibus superioribus infamium cognitis, habemus eas causas, & cum caussis personas, quæ ex iis caussis notantur infamia. Quas cum certas & definitas posuerimus, intelligi oportebit neminem ex aliis caussis, neminem aliis iudiciis sive damnatos, sive pactos infamia notari, quæcunque pœna iis irrogata fuerit; ut si fustibus cæsi sint. Declarant. *L. actus*, *de his qui not. infa. L. nemo. L. neminem*, *C. ex quib. caus. infa. irrog. L. cessat*, *D. de obl. & act.* Ex his caussis semel irrogata infamia 44 perpetua est, nisi si quis eo nomine restituatur in integrum, ab iis penes quos eius rei potestas est. Recte restituit in integrum Princeps. *L.* 1. §. *deinde*, *D. de post.* eiusque restitutionis hæc vis est, ut quem ille se in integrum restituere dixit, is honoribus suis, & ordini, & omnibus cæteris restitutus intelligatur. *L.* 1. *C. de sent. pas.* Quibus verbis & existimationem quæ ante restituti fuit, contineri perspicuum est.

LIII. Non idem continet admissi criminis gratia a principe facta, quæ 45 dicitur indulgentia in *L. ult. C. de gen. abol.* Hæc pœnam delicti solum remittens, cætera criminis incommoda & in his infamiam manere patitur: de qua proinde in *d. L. ult.* recte ita scriptum est: *Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat: nec infamiam criminis tollit, sed pœnæ gratiam facit.* Restituebat & olim Romæ 46 Senatus. *d. L.* 1. §. *deinde*, *de post.* Restituit in integrum

& ma-

44) Nec pœnitentia facti tollitur *L.* 43. §. 4. *de rit. nupt.* tametsi hic principis restitutio facilior impetratu *L.* 23. §. 1. *cir. med. C. de nupt.* Exceptio est in hæresi, vid. *Cap. praced.* *N.* 13. aot sublata caussa, ob quam contracta est, aboletur, Tiraq. *Tr. Cess. caussa lim.* 12. *n.* 12. Quin nec morte, quæ omnia solvere videtur, penitus aboletur, Plaut. *in Persa Act.* 3. *Sc.* 1.

. . . . Hominum immortalis est infamis.
Etiam tum vivit cum esse credas mortuam.

etsi effectus, qui personæ adhærent, cum eadem estinguantur. Liberos vero & heredes non onerat, aut ab honoribus arcet *L. pen.* §. *pen. de decur.* Tametsi Plato *Dial.* 9. *de LL.* liberis opprobria parentum ferenda, voluit, si parens avus, vel proavus, capitis damnati. Exceptio in crimine perduellionis ubi liberos infamia paterna comitatur *L.* 5. §. 1. *C. ad L. Iul. maiest. Cap. feliciter* 5. *nulli præterea de pœn. in* 6. tum quod in iis paterni criminis exempla metuantur. Ideoque illis omnes nervos, ad res novas moliendas præcidi debere, visom fuit. Tum ut parentes hoc ipsi supplicium in liberis luant, maiusque eorum probrum post obitum maneat. Quo ipso alii a nefariis eiusmodi ausis deterriti, amiciores Reipublicæ redderentur, vid. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crim. Cap.* 41. *n.* 18. *& seq.* Mercer. 2. *Opin.* 14. Scip. Gentil. 1. *de Coniur.* 1. *& Cap.* 3. *p.* 76. *& seqq.* P. Fab 3. *Semestr.* 8. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 17. P. Theodoric. *Disput. crim.* 5. *Th.* 6. *lit.* K. Bucer. *de Crim. les. maiest. Cap.* 3 *n.* 55. A quo tamen hodie benignius recessum est, vid. Pet. Theod. & ab eo alleg. *d. loc.* Non placet quod Freher. *Cap. ult. n.* 16 libertate, seo manumissione tolli infamiam, in servitute contractam, statuit. Nam immo servus, civili ratione, nec caput nec personam ullam habet *L.* 3. *in fin. L.* 4. *de cap. min.* nec existimationem ullam *L. pen.* §. *ult. de extr. cog.* Et itaque ea admisso in servitute, notatur post libertatem *L.* 4. §. 3. *h. t.* cum ex delicto, etiam manumissus teneatur *L.* 4. *C. an serv. pro suo fac.* Nec obstat *L.* 24. *h. t.* vid. *Cap. praced.* *N.* 2. Quia vero personam afficit, eamque ceu lepra leprosum comitatur, effectus exserit, non tantum ubi contracta est, aut sententia dicta, sed ubique, & apud omnia tribunalia ligat, vid. Freher. *Cap.* 24. *n.* 7.

45) Quod A. Fab. *in d.* §. 10. ad infamiam ex Senatusconsulto aliquo irrogatam restringit. Est autem hæc infamiæ abolitio, ea ius quæ propria supremæ maiestatis. Nec qui superiorem profitentur, plenarie restituendi ius habent, sed intra suas ditiones, si scilicet infamia iure communi inflicta. Secus si ex sua provinciali, vel municipali lege, vid. Freher. *Cap. ult. n.* 8. P. Geig. *P.* 2. *Q.* 22. *n.* 45. Papam vero, clericos qui de foro ecclesiæ sunt, famæ restituere posse, noo laicos, nisi in terris sibi subiectis, scribit Ægid. Magister *Decis. de appll. ab abusu Cap.* 8. *n.* 2. Caussas, ex quibus hanc gratiam pollicentur principes, pete ex *L.* 1. §. 2. *de L. Iul. amb. L.* 23. §. 1. vers. *præsenti C. de nupt. L.* 4. *C. ad SC. Tertyl. Nov.* 22. *Cap.* 22. §. 1. Freher. *d. Cap ult. n.* 10. qui vereor, ut recte addat *L.* 5. §. *ultim. de re mil.* Nam ea ea caussa, de qua ibi, parci potest transfugæ, non a principe tantum, sed & a iudice. Eaque res facit ne condemnetur, ut ita infamia irroganda vitetur: non autem maculosa nota vitiatæ opinionis abstergatur. Atque ita restitoto omnis macula direpta, neque vocabulum inhonestum ei de cætero inhæret, ut verba sunt *d. L.* 23. §. 1. *cir. fin.* Quare obiici ei exinde crimen infamiæ nequit, ut in formula restitutionis apud Cassiodor. 3. *Variar.* 46. Freher. *d Cap. ult. n.* 10. *& sequent.* Tametsi aliqua litura maneat, ac infamia, quæ vulgo facti dicitur, Duaren. *h. t. Cap.* 2. vid. *supra Cap.* 6. *N.* 9.

46) *L.* 7. *C. de sent. pass. & restit.* Pac. 2. *Quæst.* 27. Freher. *Cap. ult. n.* 13. Obstat tamen *L. ultim.* §. *ult. C. d. t.* ubi *indulgentia restitutio*, dicitur *honorum*, *& dignitatis* (multo magis famæ) *uno nomine amissorum omnium recuperatio*, in qua referre videretur utrum princeps solo indulgentiæ, aot æquipollenti verbo usus sit; an dicat se restituere, etsi absolute, non adiecto ad famam, vel ad omnia, quia hæc vis verbi restituere *L.* 75. *de V. S. L.* 173. §. 1. *de R. I.* Confer Gail. 2. *de Pa. publ.* 19. Plane, & tacite, infamiam remittere princeps videtur, si famosum sciens ad officium promoveat, cuius capax non est, nisi cui honor illibatus. Freher. *d. Cap. ult. n.* 14. *& seq.* Quod facilius obtinebit, si munus illud perpetuum. Secus Princeps dispensasse tantum videtur, & habilem effecisse ad easequendum commissa, ut si iudicem in caussa certa dederit, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 10.

& magiſtratus: non tamen pro arbitrio & ex indulgentia, ut ſuperiores: ſed iis reſtitutionibus, quæ ſunt ordinariæ iuriſdictionis: ut, ſi minorem prius damnatum in integrum reſtituat, puta quia ſe non recte defenderit: hoc item in *d. L.* 1. *§. deinde, de poſt.* Infamia conſtituta, quæretur effectus: de eo Initio huius tractationis diximus.

C A P. IX.

De procuratoribus: ſeu de iis qui alieno nomine agere vel actionem excipere poſſint. Horum uſus quam neceſſarius; quæ de procuratoribus quæſtiones: horum uſus quatenus receptus iure.

Tranſitio. I.
Qui procuratorum nomine ſignificentur hoc loco. Et hi quomodo a defenſoribus diſtinguantur. II.
Propoſitum & methodus auctoris. III.
Procuratorum neceſſaria opera atque uſus oſtenditur. IV.
Ius de procuratoribus conſtitutum quatuor conſtare capitibus, ſeu quæſtionibus, & quæ ſint. V.
Initio procuratorem alienæ litis fuiſſe nullum; deinde adverſus ius ſummum ex utilitate publica procuratores ubique receptos. VI. VII. VIII.
Contrariis occurritur. IX. X.
Quibus finibus contineatur procuratoris dandi poteſtas. Quinque ſpectari in iſta oportere, & quæ. XI.

I. ET de advocatis hactenus. Nam quæ ſecuta poſtea tractatio eſt de infamibus, ea per occaſionem inde nata eo etiam potiſſimum refertur. Huc enim præcipue ſpectavit, ut quoniam infames aut omnino non poſtulant, aut non poſtulant, niſi pro certis perſonis, ideo ſciremus infamibus cognitis, quinam eſſent ii, qui hoc nomine poſtulare, ſeu advocati officio fungi non poſſent. Advocatis proximi ſunt procuratores, quibus & ipſis ſimiliter in iudiciis utimur, opera ſæpe non minus utili & neceſſaria, quam advocatorum. Hinc titulis de poſtulando & de advocatis coniuncti tituli de procuratoribus, cum in Pandectis, tum in Codice.

II. Procuratores in uſu iuris proprie vocamus eos, qui negotia aliena mandatu domini administrant [1] *L.* 1. *D. de procur.* quo ex uſu non ſunt procuratores, qui ſine mandatu domini negotia eius adminiſtrant. Nunc hoc verbo in lite generaliter omnes intelligi volo, qui ſunt id, quod etymologia verbi indicat, id eſt, qui alienam litem quoquo modo procurant, ſive mandatu domini id faciant, ſive ſine mandato: quod genus ſunt qui neceſſitate aliqua muneris rem gerunt, ut [2] tutores, curatores, ſyndici, ſeu civitatis actores; aut qui ſuapte voluntate ad alienam litem accedunt ſine mandato. Non quia has appellationes confundi velim, quas ad uſum iuris maxime diſtinctas eſſe oportet: ſed ut ſignificem ſub appellatione una procuratorum litis agere nos de omnibus, qui alieno nomine actionem vel movent, vel excipiunt, quocunque iure id faciant, ad quos etiam edictum prætoris licet de procuratoribus inſcriptum pertinet. *L. ſervum.* 33. *§. ult. D. de proc.* Hi in inſcriptione tituli *de procuratoribus D.* ita diſtinguuntur, ut quidam dicantur procuratores, alii defenſores: ſic enim eſt inſcriptio, *de procuratoribus & defenſoribus*. Ubi procuratores defenſoribus oppoſitos neceſſe eſt intelli-

1) Quam ita exponit Duar. *h. t. Cap.* 1. *Adminiſtrat*, genus competens etiam Syndico, tutori, curatori, negocia extra iudicium, vel in eo (& ita quaſcunque lites hoc verbum ſuo ambitu complectitur, ut vel hinc refellatur A. Fab. volens, *negocii* verbum non convenire actioni reali, vid. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 18. *N.* 14.) *aliena*; non ſi ſua, etſi alterius conſilio, vel ſuaſu *L.* 5. *§. ult. Mand.* Et hæc etiam tractat Procurator in rem ſuam, etſi ad ſuum commodum. Weſem. *Par. h. t. n.* 3. A. Fab. *ad L.* 1. *h. t.* vid. *infra* ſtatutis, nomine Procuratoris non venire velint. Cæſar. Contard. *in L. diffamari Cap.* 4. *n.* 162. *& ſeqq.* Giſan. *ad L.* 1. *h. t. n.* 22. Io. Bapt. Aſin. *Praxi iud. §.* 28. *Cap.* 4. Trentac. *Lib.* 2 *Pract. Reſol. Tit. de Procurat. n.* 2. Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 18. *n.* 5. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 23. *n.* 10. *& ſeq. & Cap.* 39. *n.* 8. *&* 9. excipiens, niſi ſtatutum favorabile: *mandato* ad differentiam negocii geſtoris (cuius 9. ab hoc differentias tradit Giſan. *ad Rubr. D. h. t. n.* 61. *& ſeqq.*) addit quod Procuratoris nomen eſt iuris; negocii geſtoris facti, geſtionem ipſam, non ius faciendi demonſtrans, Ant. Fab. *ad L.* 1. *h. t. domini*, ad diſcrimen tutoris, & curatoris, qui auctoritate dantis, ſcilicet teſtatoris, legis, magiſtratus.

2) Plures vero adeoque 19. differentias tutoris a Procuratore percenſet Giſan. *in Rub. D. h. t. n.* 34. *& ſeqq.* Ex quibus reliquæ alterius, illæ huius loci, quod Tutor agens non præſtat cautionem iudicatum ſolvi, *infra Cap* 13. *n.* 38. Quod condemnato tutore, actio iudicati datur in pupillum *L.* 2. *pr. de admin.* Quod mulier tutelam liberorum recte ſuſcipit, non item procurationem litium. Et quod tutor, actorem ad litem conſtituere poteſt.

intelligi procuratores ad agendum datos, verbo generis ad speciem contracto: 3 defensores autem sunt, qui ad defendendum reum, & excipiendam eius actionem, vel dantur, vel specie accedunt.

III. Ut de advocatis certæ leges sunt, quas in adhibendis, eorumque opera servari oporteat: ita & in procuratoribus: in quibus legibus versatur ius de procuratoribus constitutum, quod nunc quærimus. Ac de eo paulo post. Ante de procuratorum usu paucis monendi videmur, quam sit necessarius litigatoribus; ne forte eo usu non cognito supervacuum videatur, magnopere laborare in iure de procuratoribus cognescendo, quibus non egeamus.

IV. Est vero, inquit Ulpianus, *usus procuratoris perquam necessarius: ut qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possunt vel agere vel conveniri.* Hoc in *L.* 1. in fin. *D. de proc.* Sic res habet, ut ei qui per se non agat iudicio, aut per se non defendatur, necesse sit multis modis rem perire, si non agenti aut non defenso suo nomine procuratorem aut defensorem habere non licet, cuius opera ad easdem res utatur. Sic enim eveniet, ut creditori actiones tempore exeant, aut debitores interim fiant non solvendo; rei qui nihil debent vel condemnentur absentes lite iam ante cum his contestata, vel ante litem contestatam, indefensi bonorum possessionem aut etiam distractionem patiantur. Quæ remedia sunt adversus indefensos constituta. *L. item*, *§. hac autem*, *D. quib. ex caus. mai. L.* 1. *D. de neg. gest.* Et tamen nondum propterea procuratoris usus necessarius. Quid enim si dominus per se agere potuit, & debuit, cum nulla iusta caussa esset, cur nollet? Recte obiicietur illi culpa, quod per se non egerit: atque hoc modo etiam recte dicetur non fuisse procuratorem illi necessarium ad superiora conservanda, quæ facile & commode per se salva habere potuerit sine procuratore. Tunc ergo vere procuratorem domino necessarium esse dixeris, cum non potest dominus nisi procuratore dato ius suum iudicio salvum habere, aut non potest commode & ex animi sententia. Quod duobus temporibus contingit: si aut per se agere non possit; aut cum posset, caussa sit cur nolit. Atqui horum utrumque varie hominibus accidit. Unde & totidem modis eveniet, ut necessarium sit ei qui ius suum iudicio persequi aut tueri velit, adhibere ad eas res procuratorem. Cur non possint homines ipsi per se rem suam exsequi, impediuntur variis casibus alias valetudine, ut qui diuturno morbo laborant; alias ætate; ut pueri, senes, præsertim valetudinarii: alias necessaria peregrinatione aut alia quavis iusta absentia: ut plurimum occupationibus tum publicis tum privatis quæ omitti non possint: indicantur hæc *Inst. de his per quos ag. poss.* Nec minus iustæ caussæ sunt, cur cum possint homines, nolint tamen per se agere. Interdum per se agere non expedit, interdum non est honestum, sæpe etiam merito grave & molestum. Non expedit, ut, si agatur adversus aliquem famosa actione, ubi condemnationem, & ex condemnatione infamiam metuat. Hic, inquam, non expedit per se actionem suscipere, ubi ita agendo periculum infamiæ subeas. Utile contra actione a se remota procuratorem ad defendendum dare, ubi hoc dato infamiam vites, ut fieri proximo capite in secundo genere infamium diximus. *L. furti*, *§.* 1. *D. de his qui not. inf.* Non expedit etiam rerum forentium imperitis, qui non intelligentes quid ius & mos iudiciorum postulet, sæpe male agendo bonam caussam imperitia sua evertunt. Parum honestum videtur per se agere viris gravioribus & honestioribus ubi agentes cogantur assidue in foro versari contendendi caussa; ex quo nascatur illis sycophantarum nomen, aut certe eorum, qui avide litea sequantur. Multoque magis idem turpe fœminis, præsertim si sint matronæ paulo honestiores, quibus in iudiciis & conventibus virorum citra nonnullam contumeliam matronalis pudoris versari non licet. *L. maritus*, *C. de proc.* Ut nihil aliud; certe grave est & molestum agentem terere fori subsellia, exspectare conveniendi iudicis locum, cum advocatis & pragmaticis agendi opportunitates; his interdum infra dignitatem supplicem venire; graves sæpe repulsas pati, & alia innumera ferre, quæ secum adfert litis tuendæ diligens cura. Quas molestias plerique priusquam suscipiant, quidvis optent in se depacisci. Atque his etiam de caussis non

3) Nam & defensor recte dicitur, qui mandatum habet *L.* 10. *Iud. solvi.* *L.* 12. *C. h. t.* *L.* 34. §. 1. *de iurei.* etsi specialius defensor, denotet eum, qui sine mandato absentem defendit *L.* 51. *L.* 61. *L.* 64. *L.* 76 *h. t.* Præsertim ubi Procuratori opponitur, Ells. Leonin. 1. *Emend.* 15. *n.* 2. *ut L.* 9. §. 6. *L.* 34. §. 3. *de iurei.* *L.* 2. *in fin.* *L.* 6. *ad SC. Vell.* *L.* 13. §. *pen.* *de pig.* *L.* 6. *Rem rat. hab.* *L.* 18. §. *ult.* *de vasfr. pecul.* Nam qui ex mandato defendit, ipseque Procurator usu iuris dicitur *L.* 8. §. *ult.* *D.* *L.* 2. verbis *ab utraque parte C. h. t. d.* *L.* 10. *iud. solv.* *L. pen.* §. 1. *de publ. iud.* Confer Gifan. *ad P.* 1. *Rub. D. h. t.* & Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 12.

minus certum periculum propositum est iuris sui admittendi dominis qui agere nolent, nisi procuratore ad persequendum aut defendendum iure uti possint. Ita in his omnibus & superioribus apparet, quam sit necessarius usus procuratoris. Quem dum homines quærunt, fit etiam omnino, ut ad ius de hoc genere constitutum necessario revocemur. De quo iam dicam, quando nos in ea cognitione tam non frustra versari apparet.

V. Ius de procuratoribus ad ea quæ de his quæruntur, ut in cæteris caussis accommodatum est. Quatuor autem de procuratoribus quæruntur, totidem partes iuris de procuratoribus constituti. Primum pertinet ad adversarium, cui procurator obiicitur. In quo quæritur, an invito adversario procurator dari possit; an eo invito possit defensor intervenire, & quatenus. In quo de potestate dandi procuratoris quæri apparet. Secundum pertinet ad procuratorem. In quo quæritur, an quisquam procurationem delatam suscipere cogatur; si non suscipere, an saltem cogatur in suscepta perseverare, & quousque cogatur susceptam litem persequi. In quo quæritur de necessitate huius muneris suscipiendi, & suscepti tuendi. Tertium spectat ad dominum litis. In quo quæritur, an qui dedit procuratorem, datum mutare pro arbitrio possit, & præsertim litis contestatione iam dominum effectum. Quartum & postremum communiter ad dominum & procuratorem pertinet. In quo quæritur de effectu procurationis; &, sive vincat procurator, sive vincatur, an & quatenus id factum domino prosit, aut noceat: & num quidnam etiam prosit aut noceat procuratori.

VI. In his natura prima quæstio est, an invito adversario procuratorem dare liceat, an invito eo possit quisquam defensor intervenire. Nam si non potest, nullus futurus est procurator; quo admisso simul etiam reliqua omnis de procuratoribus quæstio tollitur. Quare & de eo primo loco dicendum est. Summa autem hæc est: ab initio procuratorem alienæ litis invito adversario intervenire non potuisse: quia nemo scilicet cum eo, cum quo nihil negotii interpositum haberet, quidquam gerere aut iudicio contendere cogeretur. Inde vix primo receptum esse, ut quis agere posset pro populo pro 4 libertate pro tutela. Receptum tamen esse, sed 5 singulari favore tum personarum, tum caussæ. Permissum etiam postea *L. Hortensia* furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipublicæ caussa abessent, quive in eorum, cuius tutela essent; nempe eodem personarum favore. Sed cum nimis magnam incommoditatem haberet carere usu procuratorum, per quos agere, aut conveniri possemus, homines victos huius iuris incommoditatibus quæsivisse procuratores; sic tandem obtinuisse, ut liceret per procuratores litigare, sive quis per eos agere vellet, sive defendi: quæ summa est Tituli *Instit. de his per quos ag. poss.* Sed huic iuri non pauca opponuntur; quæ breviter diluemus, ut hic non tantum ius, sed etiam huius iuris ratio & æquitas nobis sit constituta.

VII. Primum repugnat iuris de actionibus constituti ratio, quominus quisquam reus cum procuratore ab actore dato contendere cogatur, si nolit. Sic enim sunt actiones in personam iure constitutæ, ut certis personis tribuantur adversus certas personas; si ex contractu sunt; ei qui contraxit, adversus eum, cum quo contractum; si ex delicto adversus eum qui deliquit, ei cui nocitum est. §. 1. *Instit. de act.* Atqui procurator ad agendum datus non contraxit cum reo, & si ex delicti caussa agitur, nihil ei nocitum est. Quare caussa actionis procuratori detracta, non potest procuratori ulla esse actio adversus reum; eoque nec procurator quisquam cum invito reo iudicio experiri. Adde rationem æquitatis. Libertas civium hæc postulat, ut nemo cum alio quidquam contrahere aut gerere cogatur in rebus etiam & commerciis utilibus & nulla lite implicitis. *L. nec emere, C. de iur. delib.* Quanto minus cogi debet quisquam cum alio eum quo nihil gessit, iudicio contendere? Accedit ad hanc æquitatem, quod

4) In caussa liberali, sive ex servitute, ad libertatem proclamaret, sive ex hac, in servitutem revocaretur, assertor necessarius erat, qui litem susciperet, cum ipse, cui status controversia erat, agere non posset, totque erant assertiones, quoties caussa liberalis repeteretur *tit. C. de assert. toll.* Pollet. 3. *Hist. fori* 15. Et hic differebat a Procuratore, quod sine mandato ultro asserebat in libertatem, caussamque suo periculo agebat *L. 1. & 2. C. 1b. de lib. Cap.* Unde & mortuo homine, tenebatur actione pœnali, Paul. 5. *sent.* 1. §. *post susceptum* 5. Gifan. *ad Rub. D. h. t. n.* 57. *& seqq.*

5) Quin iure 12. tabul. nullus Procuratores fuisse, inde probat Hotom. *in pr. I. de his per quos ag. Enarr.* 2. Pollet. 2. *Hist. fori* 1. *sub fin* quod nec in ius vocatum morbus ætasve, quo minus ipse venire cogeretur, aut eo deportaretur, excusaret, vid. Agell. 20. *Noct.* 1. Sed & apud Græcos non licuisse procuratorio nomine agere ex Quintilian. *Lib.* 2. *Cap.* 16 Pollet. *d. Lib.* 2. *Cap.* 5. Hotom. *d. loc.* Apud Francos item olim actori, per Procuratorem comparere non licuit, nisi speciali Regis permissu, Damhuder. *Praxi civili Cap.* 84. *n.* 4.

quod multa incidere possunt, quæ quis metuat in procuratore. Quid enim si sit homo litigiosus & vafer ut non videatur ex bona fide rem acturus? Ne cum tali sibi res sit, videtur reus honeste postulare. Sed nec omnis procurator ita in re domini instructus esse potest, ut omnia norit, quæ cum domino gesta sunt. Ex quo hoc incommodum, ut necesse sit rem per eum difficilius & tardius expediri: cum si dominus per se ageret, is & facto controverso ut suo, omnia facile respondere & statim posset. Nec ad rem si dicatur procurator vir esse bonus, & in re de qua agitur optime instructum esse, aut in tempore & sine mora esse posse. Nam ad eum defugiendum propter superiores satis esse debebat dici reum ista metuere. Non enim præscribi debet domino in re sua cur quid metuat: cum multa fiunt, cur metuere possit, aut debeat: ut bene scriptum est in *L. 4. D. ad Treb.*

VIII. Adversus quæ omnia una defensio est; hæc ita esse summo iure; sed adversus ea receptos esse procuratores, dum vitatur incommoditas nimia, quæ sequebatur denegatum procuratorum usum. De quo Iustinianus scribit *Inst. de his per quos ag. poss.* his verbis: *sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat; quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cæperunt homines per procuratores litigare.* Quod plane nihil est, quam receptum id esse [6] contra ius summum utilitatis publicæ caussa: pro qua multa iure civili contra rationem disputandi recepta esse differit, & probat Iulianus in *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Et recte: huius enim utilitatis caussa maxime ius constitutum est. Unde & Horatius hanc iusti & æqui matrem vocat *lib. 1. sermon. saty. 3.*

---- sensus, moresque repugnant,
Atque ipsa utilitas iusti prope mater
& æqui.

Fatendum quidem est nonnihil incommodi esse in eo, si dominus ipse non agat iudicio, aut dominus ipse non respondet adversario ob eas caussas, quas supra dixi. Sed hæc molestia est magis, quam incommodum. Nam quisquis aget sive dominus, sive domini procurator, semper reus certum habet quid respondeat: nec cogitur aliud respondere, quam quod responderet domino. Et actor adversus rei defensorem semper certum habet, quid petat, nec ullus procurator potest illi actionem suam mutare aut minuere. Quod si quis in mutatione personarum aliquod incommodum esse concedet: tamen incommodum est eiusmodi, adversus quod procuratore inducto potest diligenti adversario cautum esse sine eius iniuria. At denegare facultatem per alios agendi, multo maiorem incommoditatem habet, sed & eam, adversus quam nulla re cautum esse potest ei, cui procuratore aut defensore uti non licebit. Hoc enim semel admisso, ut non liceat, tam multis modis futurum est, ut ius non agentis aut indefensi lædatur, quam multis fieri supra diximus, ut procuratorum usus sit necessarius. Æquum autem fuit, ut summum ius cedit utilitati communi, ita & in utilitatibus minorem cedere maiori.

IX. Sed tamen usu procuratorum propter utilitatem adversus invitum adversarium recepto, non videmur effugere posse, quin huic iuri principia quædam iuris certi eaque non dubia adversentur: de quibus etiam respondebo. Primum ex definitione actionis hoc constat neminem iudicio adversus alium experiri posse, qui actionem non habet. Nam si actio est ius persequendi iudicio, recte dicturi sumus, quemadmodum si quis actionem habet, eum iudicio persequendi ius habere: ita contra si quis actionem non habeat: eum iudicio quid persequi adversus alium non posse. Atqui procurator adversus eum cum quo agit, actionem non habet: desunt enim procuratori eæ caussæ, quæ actionem pariunt,

6) Contra directi iuris rationem, cum antiquitus alieno nomine lege agere nemo posset *L. 123. de R. I.* ait Hotom 6 *Obs.* 16. Sed *d. L.* 123 non de litibus, sed legis actionibus loquitur, Ant. Fab. *ad L.* 1 §. 2. *h. t.* deque actionibus iis, qui nec hodie per alium expediuntur, Gifan. *in d.* §. 2. *n.* 35. Nec placet quod P. Fab. *in L.* 95. *de R. I. fol.* 441 scribit, aut illi regulæ hodie locum non esse, aut ita accipiendam, ut cum lex alteri, vel alterius nomine actionem, defensionemve non imponat, invito vel ignorante creditore, alius ipsius nomine litem contestari nequeat. Itemque, ut invito debitore alius non recte iudicium, ipsius nomine suscipiat Sensim autem hanc licentiam invaluisse, & primo arctioribus constrictam finibus, docet locus *Lib. 2 ad Herenn. Ex æquo & bono* (institutum) *ut maior 60. annis, & cui morbus caussa est cognatorum det.* Quando vero ex necessaria, aliave caussa iudicio adesse impeditus, teneatur mittere Procuratorem, maxime si impedimentum longius &c tractat Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit. de Procurat. Resol.* 13. Et quando per caussarium nuncium, ut Budæus vocat, *in forensibus* vel excusatorem caussæ absentiæ docere possint, Chil. Konig. *Process. P. 1. T. Bon. den Excusatoren p.* 167. *& seq.* Sic enim excusatorem a defensore distinguunt, quod ille absentiæ, hic caussæ, seu innocentiæ caussas alleget, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 1. Hic iudicium in se suscipit, ille non item, Bover. *Sing.* 28. *n.* 1. Et ut excusatores absentiæ, etiam minor, & fœmina admittuntur, per *L.* 33. §. 2. *h. tit.* verbis *a quibuscunque* Sichar. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 6. Farinac. *Quæst. crimin* 99. *n.* 186. De quibus fusius P. Rebuff. *in Constit. Reg. Fran., Tr. de Excusatoribus* & Damhuder. *Praxi civili Cap.* 75.

pariunt: quod contraxit, quod ei nocitum est. §. 1. *Inst. de act.* Quare procurator adversus invitum iudicio experiri non potest. Respondeo; procurator actionem non habet, nempe propriam & suo iure; sed habet mandatam. Hanc mandatu domini recte exercet etiam adversus invitos: quia ius mandatam actionem confirmat. Est autem id ius, quod constitutum est de procuratoribus recipiendis. Nam concedere alicui, dare procuratorem ad litem, nihil aliud est, quam concedere illi mandare alteri actionem suam exercendam.

X. Rursum obiicietur, & iuris & aequitatis rationem facere, ut nemo cum alio contrahere, & contrahendo ei obligari invitus cogatur. *L. sicut, C. de obl. & act. L. nec emere, C. de iur. del. L.* 6. in princ. *D. de acq. her.* At si quis reus cum procuratore actoris iudicio experiri cogitur, idem cogitur procuratori, cui nolit, obligari invitus. Nam iudicio contrahitur sicut stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pecul.* Non ergo reum quemquam ista ratione dictatum a procuratore iudicium invitum suscipere cogendum. Respondeo, quod dicitur neminem cogi cum alio contrahere, & ei obligari; sic intelligendum est, ut non cogatur ab initio, ubi scilicet nondum alii sit obligatus. Quod si quis semel alicui obligari coeperit, idem cogitur postea vel invitus iudicio cum creditore suo contrahere, eique hoc modo de integro obligari. iudicio enim cum eo agi potest, idque redditur etiam in invitum. *L. inter,* §. 1. *D. de verbor. oblig.* Ac iudicio contrahi iam ante diximus. Ita prior obligatio sponte contracta secum trahit sequentem iudicii obligationem. Quod si reus domino litis isto modo obligari cogitur, non est iniquum eum eodem modo & procuratori obligari: quia dominus per procuratorem agendo, ipse agere videtur. *L.* 5. §. 1. *D. de adm. tut.* Nec quis hic metuat, ne reo fiat iniuria, quia alii eum quo nihil gesserit unquam obligetur. Sic enim directa iudicati actio ita ex stipulatu & cautionibus acquiritur procuratori, ut haec non noceat reo. Nam & domino acquiritur utilis, qua ille solus experiri potest, directa penitus tollenda: quo fit, ut si procurator directa agat, exceptione possit summoveri. *L. in caussis,* 27. in fin. *L. si procurator, seq. D. de proc.* Bene igitur & utiliter procuratores in lite dandi potestas iure constituta est; constituta propter utilitatem bene cum reliquis partibus iuris congruit, dum quod domino per se agenti tribuitur, hoc idem propter dominum tribuitur eius procuratori. Sed meminerimus ius benigne receptum esse, dum scilicet praeter rationem summi iuris recipitur propter utilitatem: ut proinde & sine cuiusquam iniuria recipi oportuerit. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Quod & factum est; dum iure licet procuratorem dare hactenus, quod eius sine fraude Reipublicae, & adversarii iniuria fiat.

XI. Hac de caussa non simpliciter & prout libet, licet cuivis procuratorem dare; sed haec potestas certis finibus inclusa est: dum hoc solum agitur, ut procuratoris datio iniuria careat: quod intra eos fines consistenti futurum est: extra ut est iniuria, ita procurator non admittitur. Fines ergo hi sunt, ut neque in omni caussa liceat procuratorem dare; nec quivis possit procurator vel defensor dari; nec ut plurimum intervenire possit sine domini mandato; nec sine iis praestationibus quae re exigente omnem damni metum amoveant adversario; neque plures procuratores dari possint. Ita in potestate dandi procuratoris quinque haec spectanda sunt, pro quorum conditione aut procurator admitti potest, aut iure repudiari: caussa de qua agitur; persona procuratoris dati; mandatum domini; idoneae ad indemnitatem praestationes; tum numerus datorum.

CAP.

C A P. X.

Quibus in caussis procurator dari possit, & defensor intervenire.

An quælibet caussa procuratorem admittat. Caussa aut Criminalis aut pecuniaria. I.

Pecuniaria procuratorem recipit a quocunque, de cuius re agatur. II.

Sive filio, sive servo. III.

Sive sit illa privata, seu popularis. IV.

Si popularis actio, in qua de privata re non agatur: quæ in dando procuratore tenenda distinctio; & quæ distinctionis ratio. V.

Quæ privata actio procuratorem fere non admittat; & quatenus admittat interdum. VI.

Num interveniente procuratore sit in privatis caussis aliquando necessaria litigatoris persona. VII.

Criminalis caussa aut publici aut privati iudicii. VIII.

Prior *illa procuratorem respuit cum ad agendum, tum ad defendendum, & quare.* IX.

Tamen eadem in absente reo excusandæ absentiæ vel innocentiæ caussa defensorem admittit. X.

Posterior *altera in accusatore procuratorem abnuit; in defensore non omnino. Et quomodo hic distinguendum.* XI.

Exceptio, & hæc qualis. XII.

I. NOn omnis caussa per procuratorem aut defensorem agi potest, quia non potest sine adversarii iniuria. Omnis caussa aut pecuniaria est, aut criminalis.

II. Pecuniaria omnis, una excepta, recte recipit procuratorem & ad agendum & ad defendendum, dum is qui dat de privato damno & pecunia agat: traditum diserte in *L. ult. C de procur.* Nec quæremus, quis sit is qui dat procuratorem. Quisquis actionem habet vel utilem suo nomine, recte in ea procuratorem dabit. Exemplo sunt filiusfamilias & servus.

III. Filiusfamilias in caussis ad peculium eius profectitium pertinentibus vix unquam actionem habet: habet tamen interdum; sed ita, si necessitas urgeat; ut agat ipse; alioqui impune iniuriam & damnum passurus. Sed & eam habet utilem & extraordinariam *L. si longius*, §. 1. *D. de ind. L. cum filiusfamilias*, *D. si cert. pet.* Placet tamen si quando illi concedetur hoc genus actionis, posse & in eo procuratorem dare. *L. filiusfamilias*, in prin. *D. de proc.* Servus adeo ipse quibus in caussis de statu suo litigare ei concessum est, [1] poterit procuratorem dare. *L. servum*, 33. in prin. *D. de proc.*

IV. Sed nec interest, pecuniaria actio privata sit an popularis, dum in ea de privato actoris damno agatur. Itaque etiam in populari actione placet eum, qui de via publica agit, & privato damno ex prohibitione afficitur, quasi privatæ actionis dare posse procuratorem, multoque magis daturum ad sepulchri violati actionem eum, ad quem ea res pertineat; hoc in *L. licet*, 42. *D. de proc.*

V. Quod si de privato actoris damno non agetur, quales sunt populares actiones ex edicto de his qui deiecerint vel effuderint, quæ commemorantur in *L.* 5. §. *hæc autem*, & §. *ult. D. eo. tit.* in his hæc distinctio est veterum, ut qui agit, procuratorem in ea dare non possit: qui convenitur, semper possit, *d. L. licet*, *de proc. L. qui populari*, *D. de pop. act.* Utrumque optima ratione, quæ ex superiore definitione ducitur. Nam si quis populari actione aget, neque certat de damno privato, non ideo procuratorem dare non potest, quia caussa non admittat procuratorem; sed quia non est is, qui possit dare. Nam si procurator est is solum qui mandatu domini negotia eius administrat, *L. 1. de proc.* non potest ullus procurator intelligi, nisi a domino datus. At qui popularem actionem exercet, de privato damno non agens, is actionis popularis dominus non est. Unde dicitur, qui actionem popularem habet, non intelli-

[1]) Etsi ex possessione servitutis se in libertatem vindicet *d.* §. 1. quia post litem de statu ordinatam, pro libero habetur *L.* 24. *D. L.* 14. *C. de lib. cap. L.* 12. *Ex quib. ca. maior.* Quod tamen intelligunt de aliis caussis, & ad alia iudicia: Ad ipsum enim iudicium liberale hoc casu, nec olim verius Procurator intervenire poterat, sed assertor, vid. *Cap. præced. N* 4. nec hodie potest, si quis ex servitute ad libertatem prosiluerit, sed tantum si ex possessione libertatis, ad servitutem ducatur, ut *L.* 1. *princ. C. de assert. toll.* Gisan. ad *d. L.* 33. §. 1. Pac. 2. *Quæst.* 39. Menoch. *Arb. Quæst.* 79. *n.* 16. Dissent. Ant. Faber *ad d. L.* 33. §. 1.

telligi esse locupletior. *L. pen. D. de pop. act.* Qui vero convenitur hac actione, semper [2] convenitur de re pecuniaque sua: condemnatus enim, non de pecunia publica, sed de suo dependere cogitur, sive id actoris damnum est, sive pœna, cuius prosecutio sit publice omnibus adversus eum constituta.

VI. Una caussa hic excepta est, interdictum seu in factum actio de liberis exhibendis ducendisve. Visum est hanc actionem a patre per procuratorem agi non posse, nisi in caussa cognita, atque his conditionibus duabus, si & nominatim procuratori mandatum sit, & pater valetudine vel alia iusta caussa impediatur: hoc in *L. Pomponius*, 40. in princ. *D. de procu.* Ergo si pater nulla re impediatur, quominus ipse agat de liberis suis ducendis, de eo per procuratorem agere non poterit. Hoc ideo, quod cum ad minuendam liberi hominis & civis Romani [3] libertatem pertineat, eum pro imperio peti ad exhibitionem & ductionem; non temere huius rei petitio cuiquam permittenda fuerit, nisi ei cui pro potestate hominem ducere, & in eum qui duceretur, statuere potuerit, quod solus pater, qui filium in potestate habet, potest facere.

VII. In cæteris caussis privatis etsi procurator generaliter dari potest cum ad agendum, tum ad defendendum: tamen una hic cautio tenenda est, quæ significatur in *d. L. ult.* in fin. *C. de procur.* ut si qua pars litis incidet eiusmodi, in qua ob iustam & vehementiorem caussam videatur litigator ipse per se respondere debere, possit is [4] a magno iudice cogi adesse, & respondere. Iustam caussam hic accipiemus, si aut de iureiurando litigatoris apud iudicem præstando agatur, aut de facto obscuriore, cuius veritas facile erui non possit, nisi ex rei ipsius vultu & sermone: ut pleraque indicia ex his rebus duci constat. *L. de minore, §. penult. D. de quæst.* Magnum iudicem intelligere debemus, qui imperium habet & ius multæ dicendæ; ut scilicet si vocatus venire recuset, multari possit, & multa indicta cogi. Certe eum magnum iudicem recte dixerimus, cui publici iudicii potestas est. Atqui huic soli datur multæ dicendæ ius, quo iure ad cogendum nec obedientem litigatorem opus est. *L. 2. §. ult. D. de iud.*

VIII. In criminalibus caussis ita e diverso ius est, ut hic nusquam fere procuratorem dare liceat. Id criminum genera iudicabunt. Crimen omne aut est iudicii publici, aut privati. Iudicii publici sunt ea, quæ referuntur in *L. 1. D. de pub. iudic.* cætera iudicii privati. In his de potestate procuratoris dandi sic ius est.

IX. ***Ad crimen iudicii publici persequendum frustra*** [5] ***procurator intervenit: mul-***

2) Ant. Fab. *ad d. L. 42. princ.* Reus hic propriam rem tuetur, dominique iure utitur, nec interest eius, populi, an privati nomine, conveniatur. Actor vero si eius nihil intersit, alieno nomine, scilicet populi, agit, cuius Procurator est, a quo tacitum quasi mandatum habere videtur (quod tamen cum grano salis accipiendum. Neque enim in omnibus Procuratori similis est *L. 43. §. 2. h. tit.*) Alia ratio Fabri: Quia contra bonos mores ut qui populi procurator esse noluit, in eodem negocio agat procuratorem privati. Et Cuiacii *ad d. L. 42. in Lib. 8. Pauli ad Edictum &c.* Gisan. *ibid. n. 3.* quia frustra agit nomine alieno, qui potest proprio, cum hæ actiones cuivis competant.

3) Wesenb. *in Par. h. tit. n. 5. in fin.* Gisan. *in d. L. 40. pr.* addens, hic non agi quidem, ast attingi caussam status: Quæ ratio tanti non est. Neque enim probatur in caussis status ex parte actoris procuratorem non admitti. Ex *d.* vero *L. 40. pr.* colligunt quidam, in petitione arresti, speciale mandatum requiri: Quod non omnino admittit Petr. Peck *de iure sistendi C. 3. n. 3.*

4) Gisan. *in d. L. 26. n. 3.* maximum iudicem, ibi esse magistratum, ac eo verbo distingui a iudice minore, subdelegato, seu pedaneo. Quod vix probabile videtur. Ipsius vero principalis præsentiam exigi non posse, nisi præcedentibus indiciis, ne auferatur ei ius Procuratorem mittendi, vult Anton. Rosell. *inter Cons.* Cœpollæ *crim. Cons. 46. n. 5.* Quin potius maximus iudex *in d. L. 26.* ipse imperator, quem & Aristides *Orat. de laudib. Romæ* vocat [illegible], Phil. Berter. *Pithanon Diatriba 1. Cap. 7.* Plane, ex *d. L. 26.* vulgo inferunt, in caussis arduis, & gravioribus Procuratorem non admitti, quod criminalibus æquiparentur, cuiusmodi & matrimoniales esse volunt. Iac. Ayres. *alius Process. P. 1. Cap. 5. Obs. 2. n. 11 & seqq.* Sed hæ non respuunt Procuratorem, licet mandatum speciale requirant, ut *infra Cap. 12. N. 33.* Quin imo & in caussa adulterii si agatur ad separationem, in foro ecclesiastico Procurator admittitur *Cap. 5. ext. h. t.* Menoch. *Arb. Q. 80. n. 172.* Farinac. *Q. crim. 99. n. 12.*

5) *C. absens 18. cau. Q. 9. Cap. in criminalibus 2. ca. 5. Q. 3. C. veniens 20. de accusat.* Quod in accusatore equidem expeditum iure communi. Ut nec exceptio sit in illustribus vel clarissimis personis *L. 15. C. de accus. L. ult. §. adeo autem 1. C. Ubi Senat. vel clar.* Rauchbar. *P. 1. Q. 7. n. 2.* Ac nonnulli indistincte statuunt, etsi pœna relegatione minor, ac etsi pecuniaria sit, Duar. *h. t. Cap. 6.* Farinac. *Q. crim. 99. n. 3.* scribens maiorem esse prohibitionem ex parte accusatoris, quam rei. Contra tamen si pecuniaria, alii communius. Schrad. *de Feud. P. 10. Sect. 18. n. 82. & seqq.* tum *per L. 1. cir. fin.* vers. *idemque erit D. An per al. ca. app.* tum quia inscriptio in crimen, tunc necessaria non est. *L. ult. de privat. delict.* Menoch. *Arb. Q. 80 n. 9.* Quod in caussa publici iudicii pecuniaria facilius admittetur post litem contestatam. Antea enim frustra alieno nomine se admitti postulat, qui potest proprio. Nisi accusator pro quo intervenit, prosequatur proprium interesse, Farin. *d. n. 3.* aut suam, suorumve iniuriam, Wes. *in Par. h. t. n. 5.* Et nisi pro alio, inque caussa graviori, ex qua pœna sequi solet, usque ad relegationem *d. L. 1.* caussas absentiæ alleget, ne de calumnia damnetur *L. 10. de publ. iudic.* Iure vero Saxonico ex parte accusatoris indistincte admittitur, cum eo iure, pœnæ talionis locus non sit, sed sumptuum refusioni, & mulctæ pecuniariæ, Wesenb. *d. n. 5.* Reusner. *Lib. 3 Cons. 3. n. 18. & seqq.* Itemque ex usu fori etiam in locis ubi viget ius commune, ex quo solemnitas inscriptionis in desuetudinem abiit, Gail *1. de pa. publ. 10. n. 7.* Covar. *2. Var. Resol. n. 1.* Sigism. Saccasia *Lib. 1. de Iudic. causs. civil. crim. & haret. Cap. 101. n. 44.* Alciat. *9. Parerg. 8.* Farinac. *d. Q. 99. n. 6.* (Diff. quodammodo Menoch. *Q. 79. n. 5.*) Accedit Ord. criminalis Caroli V. Artic. 12. in verbis *Sol der Anklager oder sein Gewalt-*

thaber

multo magis ad defendendum, Papiniani definitio est, quæ exstat in *L. pen. §. ult.*

Tom. V.

D. de pub. iudic. Non potest procurator intervenire ad crimen iudicii publici per-

M sequen-

thaber &c. Reusner. *d. Cons.* 3. *n.* 15. *& seq.* Rauchbar. *P.* 2. *Quæst.* 7. *n.* 3. Gifan. *in LL.* 33. §. 3. *h. t. n.* 12. uddens: quia plerunque accusatores hodie publicæ personæ. Quoad reum vero, res variis dissensionibus agitata, mirisque, si ulla alia, tricis hæc quæstio involuta. Ut facile liquet ex iis, quæ de ea tractant Cuiac. 20. *Observ.* 20. Robert. 1. *Sent.* 2. Vult. 1. *Discept.* 51. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 20. Clar. 5. *Sent.* §. *fin.* *Q.* 32. Gail. 2. *de Pac. publ.* 10. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 7. Godofr. a Bavo *Tr. Reatuum Q.* 8. Io Ant. Rub. *Tr. de Potest. Procur. in Cap. crim.* Lancell. Conrad. *de Off. prætoris in causs. crim. Rub. de comparitione inquisitorum.* Virgil. Pingitz. *Ill. Q.* 26. Farinac. *Quæst. crim* 99. Menoch. *Arb. Q.* 80. Cæpolla *Cons. crim.* 40. *&* *Cons.* 45. aliique decem σύγχρονοι eiusdem, in eadem caussa consulti, quorum Responsa inserta *ibid. Cons.* 10. *seqq.* Ac mihi sane perlectia, exactoque (si quid in me eaactum est) iudicio, perpensia horum auctorum traditis, post multam cogitationem, qui aliquanto, quam alias soleo, longius hisce immoratus sum, ita tandem, ut infra postquam bis terve chartæ tradita litura induai & cancellavi, statuere iuria rationi, legumque in specie pugnantium sententiæ, congruum visum est. Prius vero hic interferam, quid communius probatum, usuve fori obtinere perhibeatur, ut & quatenus ia conveniens iuria rationi, vel discrepans, detur perspicere. Summa vero distinctionis communius receptæ, teste Claro *d. Q.* 32. §. *hac autem.* Farinac. *d. Quæst.* 99. *n.* 65. *& seqq.* Bonifac. de Vitalinis *Lib.* 2. *de Malef. Cap.* 5. *n.* 3. *& n.* 26. Io. Ant. Rub. *d. Tr. de Potest. Procuss. in crimin. n.* 279. & passim Rauchbar. *d. Q.* 7. *n.* 17. hæc: Admittitur Procurator, vel defensor, etiam quoad merita caussæ ad plenam defensionem, in caussa ea qua pœna Vel levior relegatione, ut pecuniaria. Etsi enim Parlador. *d. Cap.* 10. *n* 4. idem esse ot arceatur Procurator, si relegatione mitior pœna: Ac etsi Don. *h. Cap. infra* hanc distinctionem in privatis criminibus tantum admittat, ac Duar. *hoc cit. Cap.* 6. idem esse, statuat, in criminali iudicio, ubi pecuniaria pœna, ut *L. un. de ambitu*, quia regula *d. L. pen. de publ. iudic.* uneralis. Et alia regula, quæ in pecuniariia admitti vult Procuratores, accipienda sit de caussis, in quibus pecunia parti, non fisco applicatur: Proinde nullam criminalem hoc argumento pecuniariam esse, quod pecunia non ad rem familiarem pertineat. Etsi denique huic opinioni non temere accedat, post Rub. *d. Tr. n.* 44. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 5. *& seqq. & n.* 132. Contraria tamen receptior Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 76. *& n.* 90. nec diffitetur Menoch. *d. loc.* ab ea, ceu mitiori iudicando recedi non debere. Quam & obtinere volunt, etsi pœna criminis eius, iure communi capitalis, municipali lege, aut consuetudine in pecuniariam conversa, (sicuti eaempli gratia hodie io adulterio Lubecensium *Lib.* 4. *Tit.* 6. & Hamburgensium *Parte* 4. *Artic.* 29. aliarumque civitatum imperialium, plerarumque statutis, nec probis, nec probandis) ut pœnæ quantitas magis spectetur, quam origo, aut qualitas delicti, vid. Farinac. *d. loc. n.* 97. Menoch. *n.* 27. *& seq. & n.* 549. *& seq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 10. Quod si vero in defectum pecuniariæ, imponatur corporalis, siquidem iuro communi, ex vulgata regula; Qui non habet in ære &c. eapeditum putant. Sin autem speciali lege, inspiciendum volunt, anne pecuniaria a reo facile haberi possit, ut ad corporalem deveniendum non sit, ut si reus dives habeatur, si fideiussores det Procurator de pecunia solvenda, in easum, quo victus erit. Sed & alia hic spectari debere censent, de quibus vid. Pett. Gerard. *Singul.* 63. *n.* 2. Menoch. *d. loc. n.* 19. *& seqq. & n.* 145. *& seq.* Farinac. *n.* 77. *& seqq.* Ac etsi pariter infamia sequatur damnatum *d. L.* 1. *An per al. ap.* Aliud tamen vult Menoch. *n.* 77. *& seq.* si infamia principaliter, vel sola ex ea caussa inrogetur, tum quia morti comparatur, ideoque relegatione maior pœna, tum ne iudicium elusorium redderetur, cum per Procuratorem damnatus infamis fieri non possit, *supra Cap.* 8. *N.* 35. Quanquam cum hoc casu ius in ipsum reum sententiam ferri permittat: *L. ult. C. de minor.* id forsan restringendum ad pœnam ignominiosam, quæ præsentiam rei requirit, Farin. *n.* 22. ut cum mitra dehonestatus, in publicum producitur, quo exemplo utitur Menochius, aut cum moribus nostris numella collum innodatus præ foribus templi, aliuve loco omnium oculis publicatur, & prostituitur, *Vuird an den Pranger gestelt.* ut *Cap. statuimus* 2. *de maled.* Nov. *Elect. Sax.* 1. *Par.* 4.

Vel ipsa relegatio. Nam & hic admitti receptius est, ut plurium testimonia comprobat Farin. *d. loc n.* 67. etsi non temere contra sentiant Rob. Fachin. Menoch. &c. de quo infra in expositione nostræ sententiæ. Ac etsi Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 7. admittat tantum in relegatione temporali, non vero in perpetua, quæ deportationi affinis sit, eiusdemque effectus. Si vero pœna relegatione gravior, ut Deportatio, Farinac. *d. loc. n.* 44. & probat *d. L.* 1. *An per al. app.* iunct. *L.* 103. *d. V. S.* Bannum perpetuum, unde civitas perditur, Bened. de Banzia *inter Cons. crim.* Zilletti 91. *Tom.* 1. Carceris perpetui Menoch. *n.* 81. Farinac. *n.* 46. & quævis corporalis, Menoch. *n.* 13 etsi levior, ut fustigatio, Farinac. *n.* 21 Etsi ea non absolute statuta delicto, sed arbitraria, quando arbitrium iudicis huc eatendi potest, Farinac. *n.* 23. Menoch *n.* 65. Ancharan. *Cons.* 272. Idque ratione dubii eventus, cum solam potentiam, & aptitudinem, ut loquuntur, ad imponendam hanc sufficere velint Farinac. *n.* 33. non admittitur. Unde idem statuunt, si disiunctim pœnam lex imponat vel pecuniariam, vel corporalem, quoties electio iudicis, vel accusatoris, Farinac. *n.* 32 *&* 34. *ac seq* Menoch. *n.* 66. *& seqq.* Si vero accusati electio, tunc demum admittunt Procuratorem, si ia pecuniariam elegerit, quam & eo ipso tacite eligere vult Menoch. *n.* 71. quod Procuratorem admitti petit. Sed Farinac. *n.* 37. nec posse eligi a reo corporalem pœnam præ altera, cum membrorum suorum dominus non sit. Multoque magis iidem, si coniunctim indicta pœna, & corporalis, & pecuniaria, Farinac. *n.* 39. Menoch. *n.* 53. *& seqq.* non admitti volunt, sive publicum crimen, sive privatum, Farin. *n.* 20. Etsi procedatur per inquisitionem, etiam iure canonico, Farin. *n.* 9. Quanvis Cœpol. *Cons. crim.* 40. *n.* 12. *& seq.* in caussa inquisitionis admittere Canonistas, scribat, nisi crimen enorme sit. Aliud vero si ex caussa per se capitali civiliter (ut potest, Rauchbar. *pag.* 10. *Q.* 2. *n.* 13. *& seqq.*) agatur, Rauchbar. *pag.* 5. *Q.* 7. *n.* 9. item si caussa criminalis incidat in civili, Godofr. a Bavo *Tract. Reatuum Q.* 8. *n.* 7. Pro Reo ac eius nomine. Aliud si suo nomine, ac pro eo quod sua interest. Sive pecuniariter intersit, ut si uaor ratione dotis, filii ratione legitimæ, cum Lex eam relinquit, bonia confiscatia, Tessaur *Decis.* 265. *n.* 27. Si ex lege vel statuto pro delicto filii, ad condemnationem aliquam teneatur pater. Tunc enim admitti non solum ut defensorem, sed & si velit in se recipere iudicium pro suo interesse, post Bartol. *in Cap. veniens* 20. *de accus.* Cœpolla *Cons. crim.* 40. *n.* 25. add. Farinac. *d. Q.* 99. *n.* 154. ubi *n.* 155. idem statuit in creditore interveniente, pro debitore suo, ne capitaliter damnatus, solvendo esse desinat. Sic servum accusatum dominus, vel per se, vel per Procuratorem suum recte defendit *L.* 9. *C. de accus. L.* 9. *L.* 11. *de public. iudic.* quia caussa domini, est ob pretium servi, qui in bonis habetur. Forcat. *in d. L.* 2. *n.* 3. Sive ratione affectionis. Sic admitti volunt patrem, filium, coniugem, abbatem pro monacho, episcopum pro clerico, dominum pro vasallo, universitatem pro civi, de quo Menoch. *n.* 97. *& seqq.* Farinac. *n.* 154. *& seqq* qui non obscure *n.* 158. hoc filii non usquequaque probari, quo admisso via dari poterit reus, pro qua non aliquia interveniro possit. In specie vero quoad patrem ita tradunt ac pluribus firmant Cœpolla *Cons. crim.* 45. *n.* 4. *& seq.* Laurent. de Palazolis *inter Cons.* Cœpollæ 48. Modestus Palenton. *inter ead. Cons.* 54. Godofr. a Bavo *Tr. Reatuum Q.* 8. *n.* 9. *& seqq.* Arumæ *Lib.* 1. *Decis.* 7. *n.* 23. *& seqq.* Quia cum eadem persona iure filius cum patre habeatur, seipsum defendere videatur, Cœpolla & Palenton *d. loc.* Quæ ratio specialis non conveniens, nisi cum filius in sacris paternis constitutus. Alia autem insuper ratione nimiæ affectionis moventur iidem, ob quam & caussa propria ducitur *L.* 2. §. *ult. Quand. appell.* Quin & si pro filio, qui ad servitutem trahitur, atque ita in caussa liberali audiendus pater, ut *L.* 1. *& seqq. de lib. cap.* magis pro eo qui ad mortem ducitur, cui servitus comparatur. Arumæ. *d. loc.* Qui & statuit *n.* 47. non tam defensorem esse hunc patrem, quam propriæ caussæ actorem. Ideoque si parens succumbat, id non nocere filio, verum hunc caussam redintegrare posse *ibid. n.* 51. Quanquam Cœpolla *d. Cons.* 45. *n.* 5. Godofr. a Bavo *d. loc.* & alii, quos citat Farinac *n.* 164. Patrem non aliter admitti velint quam præstita cautione de sistendo filio reo, in casu sententiæ adversæ, ne fiat elusoria. Quod tamen menti aliorum, qui absolute patrem admittunt, non

con-

sequendum duabus de caussis. Primum omnis qui iudicio publico quem accusat, ita se in crimen inscribere debet, ut sciat calumniantem ad idem supplicium vocari.

convenire, ait Farin. *ibid. n.* 165. Absente. Aliud in præsente, & incarcerato, de quo Farinac. *n.* 134. *& seqq.* id receptius perhibens, præterquam in tribus articulis *ibid. n.* 139. ad sententiam omnium, contestationem litis aliumve actum, in quo reus interrogatus respondere debet, & actum torturæ. Add. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. caus. civil. &c.* 101. *n.* 44. Sed & Menoch. *n.* 35. *& seqq.* ubi interrogationibus respondendum, iudicis arbitrii esse vult, an Procurator audiri debeat, si forte reus fatuus vel imprudens. Sed nihil hic speciale esse, & immo minus licere præsenti patebit ex iis, quæ infra. An totam Caussam, Farinac. *n.* 171. ut scilicet iudicium ex mandato, & nomine rei suscipiat, exceptiones non alias solum, sed & ipsum crimen concernentes opponat, probationes accusatoris, vel iudicis (in inquisitione) elidat, contrarias instituat &c. atque in his omnibus principali suo tam nocere, quam prodesse possit. Et hic casibus iis, quibus contra absentem procedi, ac sententia ferri potest. Menoch. *d.* Q. 80. *n.* 135. *& n.* 132 (quod *infra* reprobabitur.) Ac nec si accusatus abesse cœperit lite contestata, Farinsc. *d.* Q. 99. *n.* 131. ubi distinctionem contrariam Martini glossatoris antiqui passim reprobari scribit: quam & refellit Modest. Palenton. *inter Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n* 3. Quin imo nec si post publicatas attestationes liquidato iam negocio, Gomez. *in L. Tauri* 77. *n.* 1. Adeo ut si parte vel iudice non opponente admissus Procurator, processum iudicii nullum statuant, Wurmser *Tit.* 5. *Obs.* 5. *& Obs.* 11. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 21. *n.* 5. *& seqq.* ex receptiori opinione, quia ait, cum vitæ suæ prodigo nulli esse liceat, ideo nec capitis sui defensionem alteri committere. Quid enim si per incuriam Procuratoris, accusatus condemnatus. Ac ius simpliciter admitti Procuratorem hic vetat, iudicique negatur facultas hac in re Procuratorem recipiendi *Cap. veniens* 15. *de accus.* ac probat tandem Farinac. *n.* 243. *in fin.* Contra Christian Konig. *Process. P.* 1. *Tit. de Procur. pag.* 120. Guido Papæ *Cons.* 24. *n.* 6. & quos citat Farinac. *d. loc. n.* 242. qui & ipsi suam opinionem communem vocant. Neque exceptio in persona minoris, vel pupilli doli capacis. Nam una cum tutore, vel curatore ipse adesse debet, Farinac. *n.* 15. *& seq.* Menoch. *n.* 103. *L. clarum* 5. *C. de auct. præstanda.* Neque in consorte litis. Sic enim usu servari, etsi multis contra visum sit, testatur Farinac *n.* 132. *& seq.* add. Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 7. *n.* 11. Rosbach. *Process. Tit.* 17. *n.* 6. Menoch. *d.* Q. 80. *n.* 107. Nec in coniuncta persona *L.* 2. *C. h. t.* arg. a contrario ubi Sich. *n.* 4. P. Gerard. de Petrasancta *Singul.* 63. *n.* 1. Farinac. *d.* Q. 99. *n.* 7. Quod iuxta huius mentem intelligendum sit nomine alieno ut coniunctus se velit admitti. Secus si pater pro filio accusato nomine proprio adsit, ut *supra.* Est vero exceptio una in universitate accusata, cuius nomine Syndicus respondet, Menoch. 105. Farinac. *n.* 148. Ioseph. Cumia *Practica Syndicorum C.* 17. *n.* 54. Gail. *de Pa. publ.* 9. *n.* 3. & probat *L.* 18 §. 2. *in fin. C. de re. milit. Lib.* 12. *tit.* 36. Et alia quando mortuo facinoroso, proceditur ad damnandam memoriam defuncti, ut in crimine maiestatis & hæresi, God. a Bavo *d.* Q. 8. *n.* 13. Farinac. *d. loc. n.* 210. admitti scribens non filios solum, & quorum interest memoriam non damnari, sed & iis deficientibus, alios, & Menoch. *n.* 173 *& seq.* ac recte. Ea necessitate huc devenitur, cum se ipse, qui non est amplius, defendere nequeat. Alias cuiusvis defuncti existimatio, & bona, calumniis subiacerent, si non hic plenaria defensio (atque ita non tantum innocentiæ excusatio, per probationem negativæ) defuncti concederetur. Admitti vero non tantum excusatorem contumaciæ, Ad Caussas absentiæ allegandas, de quo regulariter inter omnes convenit, per *L.* 10. *pen. de publ. iudic.* Adeo ut hoc non admisso, si caussæ, quas adducere volebat, iustæ; processum & sententiam ipso iure nullam statuant Farinac. *d.* Q. 99 *n.* 294. *& seq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 9. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 5. Quæ si necessariæ, ac facti quæ omnino impediunt etiam volentem, ut quis in carceribus alibi detentus, ægrotus &c. admittitur quoque sine mandato, Farinac. in *n.* 280. etiam qui iure a Procuratione arcetur, ut fœmina, miles, infamis, Farinac. *n.* 286. Menoch. *n.* 89. vid. *not. C. prec. sub fin* ut nec iudicatum solvi, nec iudicio sisti, nec de rato satisdet, Vasq. *d. C.* 17. *n.* 8. Fsrinac. *n.* 285 sed cogitur iuramentum malitiæ præstare idem *n.* 294 Si vero caussæ probabiles ut suspecti itineris, loci non tuti pestiferi, quia his reus renunciare potest, non nisi cum mandato, quod necesse sit, ut de eius voluntate constet. Item si iuris & voluntariæ, ut quod iudex incompetens, Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ 48. *sub fi.* & quos citat Farinac. *d. n.* 280. Sed contra sibi placere, quoad illas ostendit Farinac. *n.* 281. nec temere, quia cum non adsit ipse reus, dubium prædictum cesset. Quoad has vero restringit, nisi notoriæ sint, ac de iis ex actis constet *n.* 282. Dominic. Quirin. inter *Cons. crim.* Zilletti 16. *n* 6. *Tom.* 2. ac nisi satisdationem offerat, quæ vices mandati supplet, Farinsc. *n.* 283. Sed et an aliquos actus maxime iudicii substantiam & merita caussæ non concernentes. Ut exceptiones dilatorias vel declinatorias, quæ crimen propositum non contingunt, ut præscriptio fori, & quæ ex iudicis, accusatorisve inhabilitate, libelli ineptitudine &c. vid. Farinac. *n.* 238. & *seqq.* Bertazol *Cons. crim.* 137. *n.* 4. tradens admitti, quoties exceptio obiecta separatim a crimine examinatur, nec ad id excludendum venit, Duar. *h. t. C.* 6. *in fi.* Chil. Konig. *Process. h. t. pag.* 2. 47 *P.* 1. Gail. 1. *de Pac. publ.* 50. *n.* 16. Et sic admittitur ante litem contestatam, sed non ad totam litem; nec exceptione reiecta, iudicium suscipere potest. Aliud si exceptio principalem caussam concernat, etsi dilatoria, Modest. Palenton. inter *Cons.* Cœpollæ 45. *n.* 5. Menoch. *d.* Q. 80. *n.* 112. Admitti item si aliquid particulare agere velit, veluti testes, & probationes producere, Bapt. Ioa. de Belbantibus inter *Cons.* Zilletti 80. *n.* 4. Sed contra Konig. *Process. pag.* 120. & quos citat Farinac. *n.* 172. ubi priorem opinionem probat, si contra absentem procedi possit; posteriorem si nequeat. Quo faciunt quæ sequuntur. Et denique quoties absens damnari potest, *L.* 33. §. 2. *h. t.* sive iure communi. Cuiusmodi casus tres Gomez. *in L. Tauri* 76. *n.* 7. quinque vero refert Menoch. *n.* 139. *& seqq.* 1) Si non pœna relegatione gravior *L.* 5 *de pœn.* Sed hic casus pertinet ad priorem regulæ partem, quæ affirmativa: (2) in specie *L.* 4. §. *ult. de sicar.* qui spadones fecisse arguuntur: 3) apparitores perfidi *L.* 21 *C. de pœn.* Sed & hic casus ad priorem partem referendus, cum pœna videatur amotio ab officio, & ademptio bonorum *L.* 5. *C. de exact. tribut. L.* 10. *tit.* 19. (4) rei maiestatis *extravag. ad reprimendum Henrici VII.* quæ habetur post usus feudorum. (5) Rei hæreseos *C. cum contumacia de hæret. in* 6. sive municipali vigore statutorum, vel consuetudinis, Farinsc. *d.* Q. 99. *n.* 124. Gail. 2. *Pa. publ.* 8. *n.* 6 & qui mox allegati. Cuiusmodi statuta per totam fere Italiam, Vasq. 2 *Contr. usu freq.* 17. *n* 4. Et generalem consuetudinem vocat ut absens ex contumacia pro confesso sit, Flamin Chartar. *de Exsec. senten. contumac.* 1. *n.* 9. *& seqq.* Nec absimilis iuris Saxonici processus, ut *infra* versic. *sicuti & in*, ut & iuris regni Hispanorum, Gomez. *in L. Tauri* 76 *n* 8. Admitti defensorem innocentiæ *d. L.* 33. §. 2. Ac quidem quod ut defensor admittatur DD. omnes uno ore consentire scribit Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 10. ac indubitatam conclusionem vocat, quod admittatur quilibet ex populo ad probandam innocentiam, Bapt. Io. de Belbantibus inter *Cons. crim* Zilleti 80. *n.* 1. Flamin. Chartar. *d. Tr. de Exsec. sent. contum. in Præfat. n.* 30. *& seqq.* Et si vero de hoc non uno modo varient DD. de quo Farinac. *n.* 230. *& seqq.* receptius tamen videtur, quod tantum sudiatur, ut defensor, seu instructor & informator veritatis. Cuius officium ut iudici assistat, super innocentia rei eum instruat, eius caussas alleget, probationes offerat Parlad. *d. C.* 20. *n.* 8. *& seqq.* Gail. 2. *de Pa. publ.* 8. *n.* 6. Rosb. *Process. Tit.* 13. *n.* 15. Cœpol. *Cons. crim.* 40. *n.* 7. *& seqq. & Cons* 45. *n.* 9. *& seqq.* Modest. Palent. inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n.* 10. Ant. Rosell. inter *ead. Cons.* 46. *n.* 8. qui similem esse assistenti iudicio, ubi collusio suspecta, ut *L.* 29. *pr. de inoff. test.* & ad hoc quemvis etiam alias inhabilem admitti. Et Ang. de Castro inter *ead Cons.* 50. *n.* 3. qui communem hanc esse testatur, & Thomas Decciua inter *Cons. crim.* Zilleti 76. *n.* 3. *&* 4. *Tom.* 1. Quod vero sic ut minimum audiri debeat, liquido probant. (t) Quia etiam si nullus pro defensione rei interveniat, iudicis tamen officii est, veritatem modis omnibus, quibus potest investigare, *Auth. qui semel ibi & perquisita veritate C. Quomodo & quan. iud Cap. iudicantem ult. Cap* 30. Q. 5. & de innocentia rei inquirere *L.* 19. *de pœn.* etiam cum ultro de maleficio fatetur *L.* 1. §. *ult. de quæstion.* Parlad. *d. loc. n.* 10. Cœpolla *d. Cons.* 40. *n.* 11. *& Cons.* 45. *n.* 9. *&* 10. Io Fichar. *Cons. Lat.* 66. *n.* 3. Deccius *d. loc.* plenius Farin. *d.* Q. 99. *n.* 232. scite Palenton. *d. n.* 10. *pag.* 165.

ri. *L. ult. C. de acc.* Facile autem pœnam hanc contemnet accusator, si ei licebit crimen persequi per procuratorem. Id enim faciet absens. Nihil autem facilius

565. Quanto magis igitur, obl non vere fassus, sed pro confesso habetur. Uti hic quando absens definitive damnatur, id fit ob tacitam, & fictam confessionem, Ang. de Castro *d. Cons.* 50. *n.* 3. Atque ita ex præsumptione iuris, quæ necesse est ut veritati, ac probationi contrariæ cedat *L.* 137. §. 2. *in fin. de V. O.* (2) Paria sunt abesse, & præsentem non respondere, eademque contumaciæ pœna *L.* 11. §. 4. *de interr. in iure fac.* At pro eo qui præsens non defenditur, quilibet innocentiam probaturus admittitur *L.* 10. *de pœn.* etsi ipse perire festinet *L.* 6. *D. de appell.* Cœpolla *d. Cons.* 45. *n.* 10. (3) Licet exactius constare posset de maleficio, vel innocentia rei, si ipse adesset, tamen cum non possit hoc modo veritatem habere iudex, debet velle eo modo quo potest, ait Ang de Castro *d. Cons.* 50. *n.* 3. Quæ ratio egregie illustrata a nobis, *infra* vers. *nam etsi statim*. Et ut Palenton. *d. Cons.* 47. *n.* 7. *& seq.* rationi quæ præsentiam rei requirit, quæ ex *L.* 10. §. *pæn. de quæstion.* petitur, locus tunc cum simpliciter factum negat, ubi necesse est de eo, ab accusatore vel iudice inquirente, illum convinci. Hic vero defensor suscipiens ipse probationem ad evitandum iudicii onus, audiendus. Et tendit hæc allegatio innocentiæ (ait) ad exclusionem processus. Quocirca ex DD. sententia, auditur pro reo interveniens ad probationem negativæ, ut quod non ab accusato occisus, quia is eo tempore alibi fuerit, si hoc non requirat examen exactius, Farinac. *d. Q.* 99. *Ampl.* 19. *n.* 61. Item ad allegandum qualitatem occisi, vel impunitatem delicti, veluti quod bannitus occisus, qui iure potuerit, aut uxor in adulterio deprehensa, Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 177. Bertazol. *Cons. crim.* 137. *n.* 3. Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 48. *n.* 3. (qui idem statuit si aliut probare velit, quod defendendi caussa occiderit reus: de quo & Farinac. *d. Q.* 99. *limit.* 31.) Vinc. de Franch. *Decis.* 314. Seu ut Rhetorum more loquar (quæ mens horum DD. videtur) quando status non est coniecturalis, an fecerit postulatus reus quod arguitur, sed iuridicialis an recte. Sic & defensorio nomine recte allegari, quod necatus, non ex vulnere mortuus, sic vult Cœpolla *Consultat. crimin.* 45. *n.* 2. quod & hic rationes præsentiæ eessent, cum hæc non consistant in facto accusati, de quo convenit, quod vulneraverit, sed in alia &c. add. Farinac. *d Q.* 99. *lim.* 30. *n.* 185. Atque hunc defensorem non onerari cautione iudicio sisti, nec iudicatum solvi Parlad. *d. C.* 20. *n.* 13. Nec nocere posse ei. pro quo intervenit, sed prodesse, Cœpolla *Cons. crim.* 45. *n.* 12. ut scilicet absolvatur, & nec contumacia, seu ficta confessio plectatur pœna delicti ordinaria. Non autem effugere alias contumaciæ pœnas, Parlad. *d. lo. n.* 12. Non vero Ut Procurator ad merita caussæ, super eluenda, repellendave criminatione; ut non tantum iudicem instruere aut pro negativa, & innocentiæ rationes proferre, sed & pro affirmativa probationes ab accusante, vel inquirente exigere, prolatas diluere possit. Menoch. *d. Quæst.* 80. *n.* 137. Farinac. *d. Quæst.* 99. *limit.* 43. *n.* 130. *& seqq.* & omnes iam citati *dd. locis*. Et sic, quod etsi possit definitive absens condemnari, adbuc non admittatur Procurator, omnes contra Dynom sentire, scribit Bald. Perusin. *de Statutis v. absens n.* 2. Et testatur Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. causs. civil. crim. & haret. Cap.* 101. *n.* 44. vers. *amplia*, his verbis: Ita semper practicatus sum, & vidi practicari, & nunquam audivi, vel vidi contrarium servatum fuisse. Discrimeo inde putant: (r) Quia sic ipsi accusato expedit, ne nocere defensor male procedendo possit, sed tantum prodesse. (a) Quia sic dispositio statuti volentis contumaciam accusati, damno condemnationis coerceri, eluderetur. Procuratore enim admisso non esset contumax qui abest, proinde nec pro confesso haberetur, axroque damnationi locus fieret, quia Procurator semper negaret contenta inquisitionis, vel accusationis. Et probatio iniungeretur iudici, vel accusatori difficilior utique futura, quam si reus adesset *per d. L.* 10. §. *ul. de quæstion.* ita Parlad. *d. C.* 20. *n.* 12. Thomas Doccius inter *Cons. crimin.* Zilletti 76. *n.* 5. Quæ difficultates cessant, si ut instructor veritatis recipitur. Quia enim ex contumacia, seu ficta confessione rei, fundata est intentio accusantis, vel inquirentis, ea nisi adversa probatione elidatur, condemnatio sequitur. Cuius exsecutio, quanvis in persona absentis contingere statim nequeat, postea tamen si quandoque revertatur aut iudex eo potiatur, fiet sine nova sententia, in persona rei, & interea in bonis, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 17. *n.* 4. Io Francia, in absentis damnati effigiem animadvertitur, eaque publice in loco supplicii appensa manet, Annæ. Rober. 1. *Rer. iudic.* 10. *pag.* 186. Accedit (3) quod Procurator rei satisdat iudicatum solvi *infra C.* 13. *n.* 34. Hic vero nec ipse potest, quia adstringeret se ad pœnam corporalem, quod non licet, neque dominus pro eo exponere cautionem potest. Menoch. *d. Q.* 80. *n.* 135. Plane si quod habeat mandatum ab accusato, qui se ut instructorem veritatis admitti postulat, non ideo minus admittetur, neque obstabit ei, quod sit Procurator, sed perinde, ut quivis alius de populo carens mandato, Laur. de Palazolis inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 48. *n.* 4. Ant. de Rosell. inter *ead. Cons.* 46. *n.* 4. qui sic exponit verba *L.* 3. *C. de accus. etiam per Procuratorem* &c. modo non ut Procurator suscipiat iudicium, sed ut quilibet alius, caussas innocentiæ alleget. Et Palen. inter *ead. Cons.* 47. *n.* 10. arguere in *d. L.* 3. voculam *etiam*, id est non solum per Procuratorem, hoc tamen modo: sed & alium quemvis. Quia si non quemvis, ait, iudex admitteret, litem suam faceret. Atque hæc de communi, usuque iudiciorum probata sententia, ordine, qui nobis visus est, convenientissimo. Paucis iam quid ipse sentiam, quidque in ea desiderem, pari modo processurus. Summa meæ distinctionis, quæ ferme totidem diversarum legum in speciem dissidentium verbis constat, hæc: Si pecuniaria caussa est, potest & per Procuratorem hoc agi, Ulpian. *L.* 1. *An per al. caus. appel.* id est, si iudicii privati, ea enim sola vere pecuniaria, etsi ignominia sequatur *d. L.* 1. id est, etsi reus, si ipse iudicium subiret, infamia notaretur. Hic namque modus vitandi infamiam, si litigatur per Procuratorem ut *supra Cap.* 8. *N.* 49. Et de his per occasionem, cum extra propositum sint. Sin autem non sit pecuniaria, sed capitalis, per Procuratorem agi non licet, ita in rescripto DD. fratrum relato *d L.* 1. Capitalis sane caussa strictius. usu iuris, ex qua mors, civitatis amissio, vel servitus *L.* 2. *de pœn. L.* 103. *de V. S. L.* 1. §. 1. *de requir. reis L.* 10. *de iure patron.* non item, unde relegatio, cæteræque pœnæ ad existimationem pertinentes *L.* 21. §. 1. *de pœn. L.* 11. *de bon. poss.* Unde & publicorum iudiciorum divisio, in capitalia, & non capitalia *L.* 2. *de publ. iud.* Latius vero, & usu Latine loquentium, omnis caussa existimationis *d. L.* 103. Cic. *pro Quint & pro S. Roscio*. Quo sensu in *L.* 12. §. *ult. de accusat.* relegatio, seu capitis pœna, servis convenire negatur (de quo P. Fab. 2. *Semestr.* 5. *pag.* 67. *& seq.* Muret. *Obs. iur.* C. 2. Ræv. ad L. 157. *de R. I.* Pac. 7. *Q.* 60. etsi aliter, ac quod vocula *sicuti* ibi faciat rationem contrarii, non exempli, exponat Cuiac. *ad d. L.* 103. *de V. S.* & Briss. *Lib. sing. de Adulter. C.* 9. Itemque in *L.* 1. §. 13. *ad SC. Turpill. L.* 4. *pr. Si quis caut.* ubi ita clare, *qui in exilium salva civitate abiit*, rei capitalis condemnatus dicitur, ut mirer contra videri posse Vulteio 1. *Disc. Schol.* 11. *pag.* 96. Confer. P. Fab. 2. *Semestr.* 13. *pag* 208. *& seqq.* (qui scite, & fuse de homonymia vocolæ *capitalis* tractat, ostendens strictissime, solam decollationem denotare, strictius quodvis ultimum supplicium) ad quod & perplures LL. producit Iac. Curt. 2. *Coniect. ad Viv.* 8. (stricte & ordinaria acceptione vitæ, libertatis, vel civitatis amissionem. Latius vero relegationem, &c. complecti) Mascorn. *de Iurisdict. n.* 106. Moller. *ad Nov. elect. Sax.* 5. *P.* 4 *n.* 12. *&* 2. *seqq.* Atque hoc populari usu quoque DD. fratres in *rescripto d. L.* 1. accepisse videntur, eo quod pecuniariam caussam, & capitalem opponunt. Ergo quæcunque non est pecuniaria, eam sub capitali comprehendunt. Sicuti & alias cum pecuniæ iudicium, a capitis iudicio separatur, ut *L. ult. de fer. L.* 7. *in fin. pr. ad L. Iul. repet. L. ult.* §. *ult. ad SC. Turpill.* per hoc, quodvis publicum significatur. Quod etsi pœnam graviorem non habeat, recte sic vocari argute P. Fab. *d. C.* 13. *pag.* 212. quia cum non rem familiarem hic persequamur, sed criminis publici vindictam principaliter, non modo fortuna, sed & caput rei peti videatur. Itemque quia quodcunque publicum iudicium famosum *L.* 7. *de publ. iud.* nam vix est, ut non eius, cuius opinio gravatur, caput deminutum videatur, cum eius persona, vel frons non integra dicitur *L.* 4. *de pop. act. L.* 13. *de testib.* Quanquam ne de hoc dubium alicui suboriatur, subiicit IC. sive, quod magis est, explicando verba rescripti, ecquid per Capitalem significent Imperatores, sive (si quis omnino hunc latum sensum repudiet) perficiendæ sententiæ rescripti, ne indecisum relinquatur quid in caussa, nec capitali (stricte) nec pecuniaria, veluti

lius abſenti, quam ſe iudicio & pœnæ ſubducere cum iniuria Reipublicæ, ſi ſuam calumniam detegi animadverterit, & pœnam legitimam aut metuet, aut iam ſecu-tam

luti relegatio eſt, ſervandum ſit. *Sed etſi ea cauſſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna, uſque ad relegationem.* Quæ ſane verba DD. vulgo exaudiunt de pœnis ſolum relegatione gravioribus, ipſamque relegationem vocula *uſque* excludi ſentiunt. Sed contra Fachin. 1. *Contr.* 26. relegationem includi, probans in his criminibus Procuratorem arceri, ex *L.* 11. §. 2. *de adult.* ita: In adulterii cauſſa Procurator reiicitur *d.* §. 2. Eius autem pœna relegatio. Quod argumentum veræ ſententiæ non bonum. Falſum enim hoc quod alibi (ſi Deus, & dies dabit) refellemus. Et Rob. 2. *Sent.* 3. ac relati a Farinac. *d.* Q. 99. *n.* 68. Menoch. vero etſi *d.* Q. 80. *n.* 129. voculam *uſque* accipiat, ut non contineatur relegatio, tamen quod Procurator in cauſſa relegationis recipiatur, reſtringit ad iudicia privata *n.* 132. Nec agnoſcit ſe pugnantia loqui, dum n. 134. accipit *L.* 3. *C. de accuſ.* quæ aperte de publicis iudiciis loquitur, de iis unde pœna relegationis, vel levior. Ego vero *d.* verſ. *ſed etſi* accipio de cæteris cauſſis publicis, ſtricte & proprie non capitalibus: Parum referre putans, ſive vocula *uſque* ſtet incluſive, ut DD. loquuntur ſive excluſive. Eodem res recidit. Hoc enim vult IC. idem (quod reſcripto Imperatorum de capitali cauſſa expreſſum) ſtatuendum de quavis cauſſa alia, cui pœna levior, modo non ſit cauſſa pecuniaria. Sive iam vocula *uſque* contineat relegationem, (quod magis eſt arg. *L.* 5. *pr. de pœn.* ubi hoc ſenſu eandem poſitam arguunt illic mox ſeqq. *verum ſi quid gravius*) ſenſus erit: nec ſi relegatio ſequatur, nec ſi pœna ea levior Procuratorem admitti. Sive non contineat, ſenſus hic: Etſi non relegatio ſequatur, ſed pœna mitior, tamen non oportere cauſſam per alium agi. Atque ita relegatio excludetur, quia iam ante ſub *cauſſa capitali* comprehenſa. Nam quod vulgo *d. verſ.* interpretantur de cauſſa graviorem relegatione pœnam habente, ſeries *d. L.* 1. non admittit. Alias nec explicabit *d. verſ.* vim reſcripti, & quouſque in eo cauſſa capitalis accipiatur, neque extendet deciſionem eius ad caſus non deciſos, ſed tantum odioſam, & inanem repetitionem habebit eorum, quæ in ipſo reſcripto, verbis tantum aliis. Quod durum, ac reſiſtit inſuper vocula *ſed &* coniunctiva, *ipſo auditorio adeſſe debet.* Et ſic in quocunque publico iudicio, quanvis pœna levior, etiam pecuniaria, ut recte Parlad. Duar. Men. & alii citati *ſupra* 7. verſ. *Admittitur Procurator.* Neque enim ideo cauſſa pecuniaria, ut recte Duarenus. Nam cum duæ principales rationes arcendi Procuratoris hic referantur, vid. *infra N.* 7. in capitali ſane cauſſa utraque locum habet: In non capitali, ſi præſentia haberi poteſt, ſaltem altera. Certum vero eſt una ex pluribus ratione deficiente, diſpoſitionem non ideo ceſſare. Quid quod, & in non capitalibus, ac etiamſi relegatione levior pœna, iudicem ex cauſſa deſiderare poſſe tradunt, ut ipſe reus compareat potius, quam Procuratorem mittat, ſi id ideo, ut ex vultu, & ſermone, &c. facilius de facinore, vel innocentia appareat, Quod iudicis arbitrio tribuit Menoch. *Arb. Caſ.* 264. Atqui nec tutum, nec conveniens rem hanc, vere in auctoritate iuris poſitam (Edictum quippe de Procuratoribus prohibitorium eſt) ponere in facultate iudicis. Non obſtat argumentum vulgatis diſtinctionis, ubi relegatio, eave levior pœna, abſens damnari poteſt *L.* 5. *pr. de pœn.* Ergo Procurator auditur, per *L.* 33. §. 2. *h. t.* Nam reſp. eſt fallacia compoſitionis, & diviſionis. Quia *in d.* §. 2. dicitur *pro eo* ſcilicet qui abeſt. Et ratio redditur, *quia publice utile, &c.* Hæc utilitas ceſſat, ubi poteſt copia rei haberi; cum hic non vertatur periculum, ne innocens damnetur. Sed hæc ita demum effectum ſortiuntur, Si vel reus præsens. De hoc enim loquitur *d. L.* 1. *An per al.* Fach. 2. *Contr.* 24. Ant. de Roſell. Iunior inter *Conſ. crim.* Cœpollæ *Conſ.* 49. Alex. de Tartag. inter *Conſ.* Zilleti *Conſ.* 90. *Tom* 1. *n.* 59. Mod. Palenton. inter *Conſ. crim.* 47. *n.* 2. & relati *a* Weſ. *Conſ.* 43. *n.* 167. Agitur enim de eo, qui iam ſententia condemnatus, ipſe appellavit, non alius pro eo. Nam de Procuratore appellante tractat *L. ſeq.* 2. Et quæritur an appellationis ab ipſo reo, & ſic iudicio præſente, interpoſitæ cauſſæ per alium reddi poſſint. Accedit, quod inaniter præcipiatur, ipſum adeſſe reum debere, niſi eius copia haberi queat, ut inferius declarabitur. Probat idem *L.* 3. *C. de accuſ.* arg. a contrario, quia vocula *abſentes* adiecta, non quod ſignificet moram abſentia excuſari, quæ dura expoſitio, ut *infra*, ſed ad remotionem præſentium, quod in iis aliud fit, qui ſe ipſos defendere poſſunt, & debent. Atque hic ſentio cum Gomez. 3. *Var. Reſol.* 2. *n.* 14. Alex. de Tartag. inter *Conſ.* Zilleti 90. *Tomo* 1. *n.* 59. & alias iam relatis, qui *d. L.* 1. de præſente exaudiunt contra DD. vulgo, qui pro incarcerato admittunt, ut *ſupra* verſ. *Aliud in præſente.* Neque enim quia una ratio tunc ceſſat, periculum eluſorii iudicii, idcirco & diſpoſitio, cuius hæc ratio non unica. Et multa ſunt quæ hic Procuratorem diſſuadent. Quin imo quæ ratio ex *L.* 10 §. *ult. de quæſtion.* petitur, ei non niſi in præſente, vel cuius copia haberi poteſt, locus. Hoc omnino largior & ratio facit, quod advocatus incarcerato negandus non ſit *L.* 2. *C. de exhib. reis*: ſupra *h. Lib. Cap.* 3. *n.* 5. *verſ.* 9. Sed nulla ratio vincit, quod Procurator, qui pro reo ſubeat & ſuſcipiat iudicium. Plane inſtructor veritatis iuſte admittetur pro carcerato præſenti, ſi aut nequeat ipſe innocentiam ſuam manifeſtare, aut etiam perire feſtinet *L.* 19. *de pœn.* *L.* 6. *de appell.* quia quivis commiſereſcere poteſt eius, qui reus factus, ſalutis ſuæ curam nullam habet, Cuiac. 20. *Obſ.* 20. Nec temere ultroneæ confeſſioni fides habenda, ſcite P. Fab. 3. *Semeſtr.* 3. *pag.* 72. *& ſeqq.* Vel copia eius haberi queat. In hoc enim vere utraque ratio præſentiam requirit, tum quæ in periculo eluſoriæ ſententiæ, ne admiſſo Procuratore, reus qui iniitio capi potuit, ſi comperiat ſententiam ſibi adverſam dicendam, poſtea fugam arripiat, &c. tum quæ in commodius eruenda veritate, ad quam præſentia rei confert *d. L.* 10. §. *ult. de quæſt.* Quare exinde, quod aliquis ſe Procuratorem, vel etiam defenſorem, aut inſtructorem veritatis offeret, non ideo ceſſabit iudex reum delatum, & legitime ſuſpectum perquirere, ac perveſtigare, ut cuſtodiæ tradat, ipſumque pro ſe reſpondere compellat. Neque hic quidquam ſpeciale puto in coniuncta perſona, ut & recte relati *ſupra* verſ. *ſic admitti* ac ne in parte quidem. Nam nec hunc aliter recte admitti ſtatuo, quam quo caſu filii præſentia haberi nequit. Neque per interventionem patris, contumaciam filii purgari cenſeo. Nam ſi proprii commodi ratione, & ut cauſſæ propriæ actor comparat, hoc filio prodeſſe non debet, per regulam *Res int. al. acta.* Neque ideo minus iudex reum filiumfamilias inquiret, ac ſi poterit, carceribus mancipabit. Si vero ut innocentiam filii docturus, admittetur, ſane aliquanto meliori iure, quam quivis alius de populo, tunc cum quivis admittitur, ſcilicet ubi vel præſens reus, vel abſens condemnari poteſt. Intereſt equidem patris, ut ſuperſit filius. At hoc intereſſe privatum non debet præiudicare iuri publico, nec facere, ut tanto magis per patrem recte defenſus intelligatur, qui alias per alium non recte defenditur. Nam uti charitate liberorum, antiquior diſciplina caſtrorum *L.* 19. §. 7. *de capt. & poſtl.* ita, & magis, criminum vindicta. Et quæ ratio alias præſentiam rei requirit, ubi haberi poteſt, ne impunitas delicti ſequatur, ei & hic locus. Argumentum quoque a cauſſa liberali ductum non concludit. Quia illa recipit Procuratorem vel aſſertorem, ut *ſupra N.* 1. Criminalis non recipit. Et ibi quoque fratres, & cognati audiuntur *L.* 3. §. 2. *de lib. ca.* Non utique & hic. Quia & DD. relati *ſupra* verſic. *In ſpecie vero &c.* in iis fere terminis loquuntur, ubi ad innocentiam abſentis, qui in fuga eſt, deducendam ſe offert pater. Quo caſu alium quemvis audiri receptius eſt, ut *ſupra*. Quod si rei copia haberi nequeat, tunc quando abſens damnari nequit, ut ſi quid relegatione gravius irrogandum *L.* 5. *pr. de pœn.* *L.* 1. *de requir. reis.* Procurator ad crimen iudicii publici defendendum intervenit fruſtra, verba *L. pen.* §. 1. *de pub. iud.* Quæ non aliis conveniunt, quam qui abſentes damnari nequeunt, ut recte Cuiac. 20. *Obſ.* 20. & Vult. 1. *Diſcep.* 11. *pag.* 94. nequicquam contra nitente Goth. Anton. *Diſp. Antivult.* 3. *Th.* 170. *& ſeqq.* Atque hæc vis eſt voculæ *fruſtra.* Quomodo fruſtra crimen perſequitur, vel accuſat per alium, qui per ſe poteſt, ita & fruſtra Procurator venit ad merita cauſſæ, ubi nullum reo damnationis principalis periculum, immo ubi nec accuſari poteſt *L.* 6. *C. de accuſ.* Paul. 5. *Sent.* 5. §. *pen.* Defenſio autem accuſationem præſupponit, & ad evitandam damnationem opponitur, Vult. *d. loc.* Sed excuſationes abſentium allegantur *d. L. pen.* vid. *ſupra* verſic. *admitti vero non tantum, &c.* uſque ad verſ. *ſed & ad aliquos*, & ſi iuſtam rationem habeant, differtur ſententia ſcilicet non definitiva ad pœnam ordinariam delicti: Hanc enim nec ferri tunc poſſe, ponimus, ſed annotationis inter reos delatos, aut publicationis bonorum, quæ eam ſequebatur. Nam qui copiam ſui non faciebat, reus abſens annotabatur, ſeu inter reos requirendus referebatur. Annotatus edictis adeſſe iubebatur, bonis interim obſignatis. Quod ſi intra annum neque aderat, neque qui abſentiæ

tam esse cognoverit. Ita [6] elusorium fuerit iudicium: quod ne fiat cum in privatis

tiæ iustas rationes adferret, habebat, bona in fiscum cogebantur, & sequebatur infamia, vid. *tit. D. & C. de requir. reis L.* 4. §. 5. *de re mil.* Cuiac. 20. *Obs.* 11. Vult. 1. *Disceps.* 16. *pag.* 102. P. Gregor. 32. *Synt.* 24. *n.* 11. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 20. *n.* 2. Ubicunque vero absens quis damnari potest; sicut iure communi in absentes pœnæ pecuniariæ, vel quæ existimationem contingunt, si sæpius admoniti per contumaciam desint, statui possunt, & usque ad relegationem procedi *L.* 5. *pr. de pœn.* Item in capitalibus certis speciebus, ut *L.* 4. §. *ult. ad L. Corn. de sicar.* (& ubi damnatur memoria defuncti, ut *supra*) Et in capitalibus quoque cognitione inter accusatorem, & reum recepta *L. inter* 10. *de publ. iud.* id est si lite contestata iam inter reos receptus postea abesse cœpit, ut Cuiac. 20. *Obs. C.* 11. & *C.* 20. *ac seqq.* Tunc enim ex vetusto Romanorum more, reum peragi liquet, Cic. *pro Cluentio* & 3. *Verrina*. Ascon. *in Miloniana*. P. Fab *ad L.* 59. *de R. I. pag.* 270. Quæ & opinio olim Martini ref. Menochio *Arb. Q.* 80. *n.* 136 & Modesto Palentono inter *Cons. crim.* Cœpollæ *Cons.* 47. *n.* 3. etsi hi eam non probent. Et ratio Martini, quia cum non in alium ferri sententiam oporteat, quam qui iudicium accepit, si ante litem contestatam admitteretur, Procurator ipse condemnari deberet, *L.* 1. *C. de sent. & interl.* Si vero postea, ipse dominus condemnatur. Male vero Cuiac. *d. C.* 20. receptos inter reos publico iudicio, non capitali, absentes defendi non posse *L.* 11. §. 2. *de adul.* quod nec condemnari possint. Nam imo hi etiam necdum recepti, lite contestata condemnari queunt *d. L.* 5. *pr. de pœn.* Ergo & defendi. Ac illa *nam, & in capitalibus, &c. d. L.* 33. §. 3. *h. t.* convincunt minus dubii esse in reliquis, Vult. 1. *Disp.* 11. *pag.* 99, Et immo *d. L.* 11. §. 2. *D.* ut & *L.* 15. *C. de adult.* (itemque *L.* 13. arg. a contrario *C. d. tit.*) convincunt *præter alia*, iudicium adulterii capitale fuisse. Non tantum excusatio pro absente iustis rationibus admittitur, ne per triduum, per singulos dies ter citatus reus damnetur *L.* 10. *de pub. iud.* Quæ quod de condemnatione vera, quæ post litem contestatam ex contumacia fit, loquatur, probat Cuiac. 20. *Obs.* 11. quia ibi habetur, accusatorem, nisi defendatur, calumniæ damnari. At si lis contestata non esset, non posset ita damnari, sed extra ordinem *L.* 3. *C. Qui accus. non poss. L.* 2. *C. ad SC.* Turpil. *Sed & quemvis verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri æquum est, & publice utile est absentes, a quibuscunque defendi: nam & in capitalibus defensio datur*, verba *L.* 33. §. 3. *hoc tit.* Quæ uti, & similia verba *L.* 3. *Cod. de accus.* de sola caussarum absentiæ allegatione prædure exponit Donellus noster, & cum eo plures relati a Vult. *d. Cap.* 11. *pag.* 93. & Anton. Fab. *ad d. L.* 33. §. 2. M Anton. de Amatis *Decis.* 163. *n.* 11. quia, ait, qualitas adiecta verbo, debet intelligi secundum tempus verbi, per *L.* 4. §. 1. *de noxal.* & Goth. Anton. *Disput. Antivult.* 3. *Th.* 180 Sed Cuiac. *d. C.* 20. verba tam ampla ita non apte coangustari. Ac coactam nimis expositionem vocat Vult. *d. lo. p.* 94. quia nocens, vel innocens non inde quis est, quod adest, vel abest. Nec allegatio caussarum absentiæ, recte *defensio* dicetur, cuius voculæ vis plenior est quam voculæ *excusatio*. Accedit quod hæc ex Senatusconsulto *d. L. pen. de pub. iudic.* illa, ex LL. publicorum iudiciorum *d. L.* 3. *C. de accus.* Cuiac. *d. C.* 20. Denique & alias ubi *absens defendi* dicitur, plenaria defensio significatur *L.* 19. *pr. de iud. L.* 11. §. 2. *de adult.* Quamvis vero argute Rauch. *P.* 1. *Q.* 7. *n.* 22. ex ipso Cuiac. iustitiam absentiæ, allegando innocentiam quodammodo defendi, & excusari & Goth. Ant. *d. loc. Th.* 182. *& seqq.* diversa esse: *excusare* innocentiam, cum ostenditur, non conscientia delicti latitare, reum scilicet, & aliis de caussis abesse: & *docere* innocentiam. Nec his tamen opinione dimoveor. Quid enim si reus is qui condemnari potest, vere latitet. Quid si absentiæ eius rationes proferri nequeant, si nec iustæ ullæ sint, aut defensori ignotæ, nunquid si compareat alius, liquido probaturus innocentiam rei, hunc audiri, anne reum damnari, expedit. Expedit imo quemvis pro eo audiri *d.* §. 3. & *L.* 12. *in fin. C. h. t.* Nam etsi satius esset ipsum reum audire, pro se verba facientem: Attamen cum hoc due potiri non liceat, ne aut impunitas sequatur delicti, si plane non posset procedi, aut iniquitas admittatur, si semper damnaretur, qui fortassis non conscientia facinoris, sed carceris metu latitat (de cuius vi vid. Annæ. Rob. 1. *Rer. iudic.* 10.) huc necessitate quadam delabimur, quæ licitum facit, quod alias illicitum. Ubi enim copia rei, qui vere contumax, haberi nequit, necesse est, aut simpliciter in eum sententiam dici; quæ executione in reversum quandoque mandari possit; aut audiri defensorem non absentiæ, ponitur enim contumax: sed innocentiæ, quem instructorem veritatis DD. appellant, vid. *supra* versic. *Etsi vero de hoc, &c.* Ius sane præcise requirit, iuste iudex desiderat, ut reus ipse adsit, tum ad eruendum melius veritatem, tum ad sententiæ executionem. Iussui huic, qui non paret reus contumax est, nec inde esse desinit, quod aliquis pro eo se offert, quia per hoc non satis fit LL. & iudicis mandato. Ast hic iussus effectum sortiri nequit, quam ubi consequendi rei facultas est. Qui si fuga sibi consuluit, nec scitur ubi sit, etsi non minus iusta requisitio eius præsentiæ, tamen inanis. Et necessitas alio deducit, ut cum hac via non succedat, alia aggrediamur. Proinde ubi præceptio iudicis, iubentis reum ipsum comparere, effectu deficitur, hoc relinquitur, ut in absentem persecutio criminis fiat. Quod iure civili in capitalibus, post receptionem inter reos lite contestata, & aliis paucis casibus, de quibus *supra*; consuetudinario vero plurium locorum generalius receptum est, ut absens definitive condemnetur. Sicuti & in foro Saxonico intra 42. dies seu 6. hebdomadas ter citatus copiam sui non faciens, condemnatur ad probationem legitimi impedimenti, *Tis die Chehafft*. Quam si non exhibeat, post 4. citationem sacer pronunciatur, ut a quovis impune offendi, & occidi queat, vid. Coler. *Decis.* 108. *n.* 2. Quæ proscriptio Frid. II. tempore quoque recepta, & dicta Forbannitio, vid. Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 107. Hæc condemnatio, quia ex præsumpta confessione: publice utile est ob probationem contrariam, pro reo contumaci, quemcunque, etiam ignotum, extraneum, alias ad Procurationem inhabilem, audiri. Iunge his nostris quæ ex aliis *supra* vers. *Quod vero sic audiri, &c.* Denique quæ potiores arcendi Procuratoris rationes, ut *infra N.* 7. hoc tantum efficiunt, ut perpetuo audiatur ipse potius reus, quam pro ipso alius, ubi audiri potest. Ubi nequit, quia neutra ratio in consideratione amplius esse potest: etiam per Procuratorem *L.* 3. *Cod. de accus.* Quomodo quod & in caussa principali, eiusque meritis, admittatur contra DD. vulgo relatos *supra*, *Non vero ut procurator*, statuunt Pac. 2. *Q.* 40. Vasq. a *Cont. usu freq.* 17. *n.* 2. & ab eo relati *n.* 1. Ant. de Rosell. Iunior inter *Cons. crim.* Cœpollæ 49. *n.* 6. *&c.* Thessaur. *Decis.* 265 *n.* 16. *& seqq.* Vult. 1. *Disp.* 11. *pag.* 93. Et Vasq. quidem *d. lo.* posse hunc & probationes pro reo facere, & adversarii rationes impugnare. Ita vero statuo: Admittitur Procurator ex mandato rei contumaciter absentis, qui damnari potest. Et quidem non modo ut nudus iudicis informator, ceu DD. vulgo, ut *supra*, nec ut defensor quivis mandato carens *d. L.* 33. §. 2. Sed ut Procurator *d. L.* 3. Mandatum enim certe efficiet, ut si alius una se ad defensionem admitti postulet, hic præferatur, propter mandatum. Nam quo casu iustius est, defensorem qualemcunque audire, quam absentem contumacem, & indefensum, gravi condemnatione afficere *L.* 1 *in fin. C. h. t.* Eodem iustius est idoneum, quam inhabilem alias Procurationi; mandato instructum, quam eo carentem, quem fidiorem & utiliorem putavit reus ac elegit, quam qui se sponte offert, audire atque illum huic præferri. Certe vix est, ut ullus in iure civili casus reperiatur, in quo si quis auditur sine mandato, non potior sit mandatum habens, illo, qui destituitur. At non per hunc Procuratoris missionem contumax esse desinit reus. Nec quæ ex absentia, & latitatione iure elicitur præsumpta confessio solo Procuratoris interventu eliditur, sed necesse est ut ab hoc contraria innocentiæ probatione, aut alias legitime elidatur. Neque enim per id reus præc. LL. satis obtemperavit, quæ ipsum adesse iubent *L.* 1. *An per al. ca. app.* Tantum huc necessitate quadam devenitur, ut quia spes non est potiundi, in præsentia, ipsius rei, potius pro eo audiatur aliquis quam nullus, vid. hic paulo *supra* vers. *namque*: & potius is, cuius curæ magis confidit, quam alius. Quomodo concidit 2. ratio DD. contra sententium posita *supra* versic. *Discrimen inde, &c.* Ad rationem (1) quæ *ibid. d. vers.* Resp. Mala ratio: Procuratorem non admitti, ne reo præiudicet. Nam hic in eo sumus casu, quo si nullus (sive Procurator, sive defensor) pro reo verba faceret: is ex contumacia condemnaretur. Ergo ubi aliquis adest, si rite innocentiam non probat, vel accusatorem non refellit, id non tam nocet reo, quam non prodest. Nec ulla ei fit iniuria, quod condemnatur. Condemnaretur enim æque, si defensor non intervenisset. Neque potest, nisi de se, queri, si dicat se ipsum, si adfuisset, melius caussam suam acturum & obtenturum fuisse. Cur enim non adfuit, cum sciverit se adesse debere. Sed de his satis.

6) Ita & Bart. *ad L. pen.* §. 1. *de publ. iud.* ref. Menoch.

tis actionibus, tum vero in publicis iudiciis maxime cavendum est. *L. si prætor, D. de iudic.* Tum autem multa facile & audacter per procuratorem mentietur accusator, quæ præsens sine rubore dicere non auderet. Ut enim litera non erubescit, ut est apud Ciceronem in *epistolis ad familiares*, sic nec absentia, ac per domini absentiam procurator; qui quid dominus mentiatur, ignorat. Multo minus ad crimen iudicii publici defendendum potest procurator intervenire. Nam cum publice interfit delicta nocentium nota esse, nec tantum nota, sed etiam male meritos pœnis coerceri, ut qui coercentur, cæteris exemplo sint ad maleficia deterrenda. *L. eum qui nocentem, D. de iniu. L. bona*, in pr. *D. depo.* ad utrumque obtinendum plurimum valet reum præsentem adesse, nec per procuratorem defendi. Primum valet in primis ad veritatem eruendam reum præsentem de se interrogari, & interrogatum respondere. Multa enim sunt in eius vultu & sermone, ex quibus aut detegitur conscientia admissi, aut innocentia confirmatur. In vultu exsistunt sæpe pallor, crebra mutatio, consternatio, quæ admissum facinus interdum vehementius arguunt, quam ullæ probationes. Contra constans sibi per omnia sine affectatione vultus bonæ conscientiæ iudicium est. In sermone hæc insunt, titubatio, trepidatio, varietas, & repugnantia responsionum, aut his contraria, constantia sermonis. Indicantur hæc in *L. de minore, §. 7 pen. D. de quæst.* Nec minus præsentia ad pœnam adversus reum firmandam necessaria est. Nam & hic potissimum quærere solet reus viam, qua se iudicio aut pœnæ intentatæ subtrahat; quam facile inveniet, si ei abesse, & per procuratorem defendi licebit: cum si præsens caussam dicere cogatur, semper sit eius & observatio certior, & si res suadere videbitur, maior eius prehendendi copia, ut sic deinde si condemnandus est, meritæ pœnæ subiiciatur.

X. Sane & in his iudiciis, & quidem capitalibus, defensionem admitti, atque adeo absentes reos etiam per procuratorem defendi posse legimus, in *L. servum. §. publice, D. de proc. L. 3. C. de acc.* Sed quam defensionem hic intelligere debeamus, Papinianus duobus in locis docet, *d. L. pen. §. ult.* & *L. inter, D. de pub.* Nempe hactenus in his iudiciis absentes defendi posse definit, ut excusationes pro absentibus allegentur iudicibus vel innocentiæ vel absentiæ: non [8] ut si excusationes iustam rationem habeant, rei absolvantur: (alioqui insta & plena esset defensio, quam nunc non admittimus) sed ut cum absentes propter contumaciam per triduum per singulos dies ter citati damnari possent, non damnentur, sed sententia differatur. Fateamur igitur ex prioribus illis locis etiam in capitalibus iudiciis defensionem absentium admitti & quidem per procuratorem. Quod non negat Papinianus. Sed hoc concesso, quæremus amplius, qualem hic defensionem, qualem procuratorem accipere debeamus. Id cum definitum sit in *d. L. pen. §. ult. d. L. inter, de pub. iud.* ea definitione hic utemur, putabimusque eam definitionem etiam in prioribus illis locis etsi generaliter scriptis inesse. Sic enim unæ leges ad

noch. *Arb. Quæst.* 79. *n.* 3. P. Gregor. 32. *Synt.* 24. *n.* 3. Accedit, quod frustra alieno nomine accusat, qui potest proprio, ut Don. *h. Cap. infr.* & Decian. *Lib.* 3. *Tr. crim. Cap.* 36. *n.* 2. Menoch. *d. n.* 3.

7) Potiores hæ rationes, eademque veræ, & genuinæ, sed quibus locus non est, nisi quando copia rei haberi nequit, ut ex iis quæ *supra N.* 5. passim apparet. Et conveniunt in priori reddenda Forcat. *ad L.* 3. *Cod. de accus. n.* 1. *&* 2. Cœpolla *Cons. crim.* 45. *n.* 2. Modestus Palenton. inter ead. *Cons. crim.* 47. *n.* 3. M. Anton. de Amat. *Decis.* 163. *n.* 2. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 7. *n.* 12. *& seqq.* Nam & vultus, tacitus mentis sermo, & animi sensus, Cic. *in Pisonem*, vid. Rob. 2. *Sent.* 23. Phil. Camerar. *Cent.* 1. *Op. succis. Cap.* 57. *& Cent.* 2. *Cap.* 5. *&* 9. Et oculi, animi indices, ac animæ speculum, ut ex Alex. Andr. Laurent. *Lib.* 1. *Hist. Anatom. Cap.* 13.

Sermo vero index animi, morumque fidelis
Haud dubie testis . . . .

ut Marcell. Palingen. *Lib.* 1. *Zodiaci vita*. Et oratio, quodammodo pictura animi, Scal. *Lib.* 3. *Poet. Cap.* 35. interpres animi, & quasi color quidam morum, idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 24. certissimum cordis, & animi speculum, Cassiod. 6. *Epist.* 9. Io. Spinæ. *Lib.* 3. *de Tranquill. animi pag.* 125. Et improbi lingua cordis male affecti præco est, Ant. de Guevara *Horol. Princ. Lib.* 1. *Cap.* 33. Quæ animi interpres, Lucret. *Lib.* 6. tuba cordis, Balduin. *Consult.* 160. *Lib.* 1. refer. Tiraquell. quem adi in *L.* 8. *Cod. de revocat. donat.* versic. *Libertis n.* 17. *& seqq.* *καὶ γὰρ οἷος ἐστι, τοιαῦτα λέγει καὶ πράττει* Aristot. 4. *Eth.* 4 (*al* 13. Et ut Græcum est proverbium *οἷος ὁ βίος, τοῖος ὁ λόγος*, Isaac. Casaub. *Comm. ad Pers. Sat.* 1. *pag.* 144. Qualis vir, talis oratio. Annæ. Boetius *Lib. de Moribus*. In posteriore Gomez. 1. *Var. Resol.* 1. *n.* 12. Virgil. Pingitz. *Q.* 16. *n.* 19. Menoch. *Arb. Q.* 80. *n.* 2. Farinac. *P. crim.* 99. *n.* 2. Gifan. *ad L.* 33. *§.* 2. *hoc tit. n.* 19. Bron. 1. *Ass.* 50. Arumæ. *d. Decis.* 7. *n.* 10. *& n.* 47. Cœpolla *d. Consil.* 45. *n.* 2. Forcat. *d. loc.* Godofr. a Bavo *Tr. Reat. Q.* 8. *n.* 6. Aliqui has rationes addunt. (1) Quia sententia ferenda esset in Procuratorem. Atqui facinus debet insequi suos auctores, ut Cassiodor. 2. *Variar.* 11. Et nemo ex alieno delicto, corpus suum ad pœnam obligare potest *L.* 70. *§. ultim. de fidei.* Amatia & Bavo *dd. locis* P. Greg. 32. *Synt.* 24. *n.* 3. Wesen. *Consil.* 43. *n.* 172. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 2. *n.* 8. *&* 9. Quam reprobat Gomez. 3. *Var. Resol.* 1. *n.* 12. Modest. Palenton. *d. Consil.* 47. *n.* 3. quia ubi sententia non cadit in Procuratorem, ferri potest in dominum *L. ult. Cod. de iniur.* (2) Quia subtrahens se iudicio, & latitans, suspectum se reddit. Nam cum de vita, & fortunis periclitetur, vix est ut ab alio defendi malit, si sceleris purus sit, Forcat. *d. loc.* Ayrer. *d. loc. n.* 10. Cœpolla *d. Cons.* 45. *n.* 7. (3) Quia caussæ hæ gravis præiudicii, alii non committendæ, & principalis ipse caussam suam diligentius aget, Alexan. de Tartag. inter *Cons.* Zilletti 90. *Tom.* 1. *n.* 61. Vasq 2. *Controv. usu freq.* 21. *n.* 6. Alciat. *Lib. de Singul. certam. C.* 12. *n.* 4. Reprobat Forcat. & Palenton. *dd. locis*. Quid enim si Procurator diligentissimus, principalis inexpertus.

8) Sed hoc iam refelli, *supra N.* 5. vers. *sed & quamvis.*

ad alias trahi debent, ut aliæ in aliis inesse credantur, nisi sint contrariæ. *L. non est novum*, & seqq. *D. de legib.* Sed & quod una lege certo definitum est, id nisi alia lege specialiter mutatum sit, manere intelligendum est. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.*

XI. In criminibus cæteris quæ publici iudicii non sunt, si de accusatore agitur, ne sic quidem ad crimen persequendum procuratorem dare concessum est. Declaratur *L. ult. C. de iniur.* ubi cum facta esset potestas certis quibusdam personis in actione iniuriarum procuratorem dandi, subiicitur in *extremo*, in cæteris morem iudiciorum esse servandum. Quo significatur in cæteris tum personis, tum iudiciis eiusdem generis, & morem iudiciorum contrarium esse, & in eo esse positum, ne ad caussam criminaliter agendam passim procurator detur. Quod si cui is locus videbitur incertior, addamus eas rationes, quibus hæc sententia liquido evincitur. Et vero in omni criminis persecutione ita reperietur, easdem res efficere, quo ne procurator detur, quæ procuratori obstant, in publicis iudiciis. Primum qui accusat, quocunque in crimine id faciat, quia agit criminaliter, & vindictam criminis tantum persequitur, de re privata non agit, sed de re ad utilitatem, & exemplum publicum pertinente. *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.* Quaprnpter non magis & permittendum est procuratorem dare, quam permittitur ei, qui experitur populari actione. *L. licet*, in pr. *D. de proc.* Quanquam hoc magis conditione personæ dantis effici videri potest, quam conditione caussæ, de qua nunc agitur. Ideo enim hic accusator non det procuratorem, quia non est dominus litis. Illa sunt caussæ & iudicii crimlnalis propria, nam & in privatis accusationibus non minus se accusator inscribere debet in crimen, & pœnam talionis ob calumniam subire, quam in publicis iudiciis. *L. ult. D. de fur. L. 3. D. ad Turp.* At & in privatis criminibus eamdem pœnam contemnere potest, cui abesse & per procuratorem agere licebit. Sed & in his non minus augebitur mentiendi calumniandique licentia adhibito procuratore, per quem accusator quidvis dicere possit sine rubore: quod non item præsens & per se agens dicere ausus esset. Postremo, cum in crimine de privato damno accusator non laboret, sed de vindicta, quæ Reipublicæ penditur: recte ei dicetur hoc modo; Si per te accusare potes, & nulla res te impedit, cur per te non accusas? quid adhibes procuratorem, qui te segnius rem tractabit? Si non potes per te, omitte accusationem, quam nulla necessitate rei familiaris cogeris suscipere. Ad defendendum autem crimen iudicii non publici interdum procurator adhiberi potest, interdum non potest. De quo exstat distinctio in *L. 1. D. an per all. cauf. app. red. poss.* in hanc sententiam: ut si quidem ea caussa sit criminalis, ex qua pœna duntaxat sit [9] pecuniaria quanvis iam infamia non sequatur, tamen ea a reo per procuratorem agi possit, sive sint iudicii publici, sive non sint. Sin ea ex qua pœna sit [10] corporalis, agi per procuratorem non licet. Cuius differentiæ ratio hæc videtur. Nam si pœna corporalis est, hæc absentia & subductione personæ vitari potest. Sic autem facile potest se subducere, qui absens egerit per procuratorem. At si pœna pecuniaria est, non eo minus etiam absens & qui fugerit, pœnam sententia irrogatam sustinebit: cum pœnam pecuniariam luat reus non corpore suo, sed in bonis, ex quibus pecunia sumi potest, ubicunque sit dominus.

XII. In hoc genere tamen criminum quæ publici iudicii non sunt, exceptum est crimen iniuriarum, & in hoc certæ [11] personæ, quibus concessum crimen iniuriarum persequi, & adversus id se defendere per procuratorem. Concessum boc [12] Illustribus personis, uxoribus earum, & liberis; verum hac lege, ut si probatum sit eum iniuriam fecisse, qui procuratorem dedit, adversus eum sententia feratur, non adversus procuratorem. Effectum hac *d. L. ult. C. de iniur.* & cautum recte de sententia adversus dominum in his iudiciis ferenda; quoniam in iudiciis privatis & civilibus contra observatur, ut quibus in caussis procurator datus est, ibi sententia non adversus dominum feratur, sed adversus procuratorem. *L. 1. C. de sent. & interl.*

CAP.

9) Etsi omnium bonorum, si delictum mere privatum ex communi, Menoch. *Arb. Quest.* 80. *n.* 121.

10 Atque ita noster *d. L.* 1. restricte accipit, de solis delictis privatis. Sed verba eius ampliora, vid. *supra N.* 5. Quin imo argute Vasq 2 *Contr. ususfreq.* 39 *n.* 24. *&* *seqq.* in delictis privatis, semper Procuratorem recipi contendit.

11 Et hæc communis, Menoch *Arb. Quæst.* 79. *n.* 10. Excipitur autem & Syndicus, nomine universitatis accusans, Menoch. *d. L. n.* 14.

12) Nam & hi per alium litigare coguntur *L.* 25. (aliis penult.) *Cod. hoc tit.* ubi Sich. *Nov* 71. ubi Cuiac. Pac. 2. *Quæst.* 45. vid. Farinac. *Quæst. crim.* 99. *n.* 115. Nam usu iudiciorum nostrorum, ea quo iniuriarum pœna, pecuniaria leviori abrogata, arbitraria ab Electore Augusto *Nov. sua* 42. *P.* 4. statuta est, Procurator in actione iniuriarum criminali auditur, vid. Moller. 1. *Semestr.* 24. & qui ei contrarius Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 7. *n.* 27. *&* *seqq.*

C A P. X I.

Qui procuratores esse non possint.

Procuratores dari posse omnes, qui non prohibentur. I.
Prohibentur aut ex conditione personæ, aut ex eius muneris implendi defectu. II.
Conditione personæ servus, fœmina, miles. Singuli quatenus. III.
Miles & fœmina nec suffragatores esse possunt. IV.
Ambo tamen in rem suam procuratores ex honesta caussa, & quæ talis. V. VI.
Item pro parentibus, pro coniuge, pro liberis. VII. VIII. IX.
Procuratorii muneris peragendi defectu prohibentur. X.
1. *Potentiores, & in his fiscus & Respublica.* XI.
Utriusque differentia a potentiore privato. XII.
2. *Absens Reipublicæ caussa, perpetuo morbo laborans, & reus eriminis postulatus.* XIII.
3. *Magistratus quandiu talis.* XIV.
4. *Mutus, surdus, pupillus, furiosus, & prodigus.* XV.
5. *Minor, licet adultus.* XVI.
Hi omnes idonei tamen, excepto servo, si non reiiciantur ab adversario. XVII.
Minor pro indefenso absente aut exeusando, aut purgando non repellendus. XVIII.

I. IN potestate dandi procuratoris, cum caussa admittet procuratorem, proximo loco persona procuratoris spectanda est. Neque enim qui dantur, omnes idonei, & qui iure dari possint. Omnes dari possunt, qui non prohibentur, ut & in omnibus aliis personis servari sæpe ante diximus, de quibus quæritur, an ad rem aliquam sint idoneæ, *L. mutus*, §. 1. *D. de proc. L.* 1 §. 1. *D. de test. L. neenon*, §. *quod eius*, *D. ex qui. caus. mai.* Idcirco qui prohibeantur, quærendum est.

II. Quorum duo sunt genera, totidem eorum qui in iudicio procuratores esse non possunt. Quidam conditione personæ prohibentur, quidam ideo, quia non habent in se ea, quæ procuratorem adversario præstare oportet. Ex priore genere si qui dentur, offenditur Respublica; si qui ex posteriore, fit adversario iniuria: quorum utrumque in potestate procuratoris dandi cavendum fuisse initio monuimus.

III. Conditione personæ prohiberi dicimus eos, qui cum ea quæ procuratoris sunt, obire possint, tamen conditione personæ impediuntur; qua non videntur salva honestate aut disciplina publica procurationem alienæ caussæ suscipere posse. In hoc genere sunt tres, servus, fœmina, miles. Servum hominem [1] a iudiciis leges removent, vetantque in his consistere, sive suo nomine agant, aut conveniantur, sive alieno. *L. servus*, *C. de iud. L. servum*, in pr. *D. de proc.* Et certe procuratorem esse [2] civile officium habetur. *L. fœminæ*, *D. de reg. iur.* Servi iuris civilis communionem non habent. *L. qui testamento*, §. *servus*, *D. qui testa. fac. poss.* Et quod aliis verbis regula iuris traditur, quod ad ius civile attinet, idest, ad ea quæ certis legibus iure constitutis transigenda sunt, servi pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. iur* Nec fœmina procuratoris aut defensoris officio fungi potest. *L. neque*, 54. *D. de proc.* Quippe alienarum rerum procurationem publice suscipere, ut modo dixi, civile officium est. Fœminæ autem ab omnibus officiis civilibus & publicis remotæ sunt. *L. fœminæ*, *D. de reg. iur.* Qua ratione recte dicitur in *L. alienam*, *C. eod.* alienam defensionem suscipere, esse officium virile: eoque ultra sexum muliebrem positum. Quod si quis amplius quærat, quamobrem, exposita est ratio in *L. maritus*, *C. eod.* ne scilicet fœminæ persequendæ litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, & conventibus virorum

1) Vera sententia, sed ad quam probandam *d. L.* 33. *pr.* impertinens, quæ de servo non dato, sed dante Procuratorem loquitur. Et sensus hic, quod possit dare ad negocia pecnliaria, non ad lites. Quia eius sunt aliqua negocia, quorum gestio facti est, lites vero & iudicia, quorum exercitio iuris, nulla, Gifan. & A. Fab. *ad d. L.* 33. *pr.*

2) Quare & arceatur deportatus, per §. 2. *I. de Cap. min.* etsi suo nomine acturus non omnino repellatur, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 4. *n.* 8. *N.* 9. Et bannitus itaque iure nostro per ea, quæ *d. C. n.* 8. licet diss. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 173. Et excommunicatus is, qui nec suo nomine agere potest, ut *d. n.* 8. *Cap. ult. extr. hoc tit. C. extr. de except.* Ayrer. *Process. P.* 1. *Cap.* 5. *n.* 3. & *seqq.*

rum vel iudiciis interesse cogantur. In eadem caussa est [3] miles. Et hic alienæ litis procurationem defensionemve suscipere prohibent, usque adeo, ut nec si adversarius ante litem contestatam velit eum admitti, eo magis procurator dari possit, si adversarius in lite contestanda eum removeat. *L. filiusfamilias*, *§. veterani*, *D. de proc. L. militem*, *C. eod.* Constitutum ideo, quia hæc omnis procuratio in milite putetur esse contra utilitatem publicam & disciplinam militarem: hæc enim ratio indicatur in *d. L. militem*, & *L. qui stipendia*, *C. eod.* Et recte. Nam si miles iudicia alieno nomine tractare cœperit, & ea curæ occupari, necesse est etiam eum armorum curam omittere: sed & a signis & munere suo avocari.

IV. Adeo autem visum est fœminam & militem alienam defensionem suscipere non posse, ut ne illud quidem his permittatur ad eam defensionem tanquam suffragatores accedere. Tantum hoc de milite in *d. L. militem*, quod multo magis ad fœminas transferendum est: quibus hoc officium propter sexum multo minus convenit. Suffragatores hic accipere debemus, qui in criminalibus iudiciis pro absentibus interveniunt non ad plenam defensionem, [4] sed excusationes absentiæ vel innocentiæ ad differendam sententiam allegatuì. Id enim est absenti suffragari. Ideo autem & hæc suffragatio est nominatim militi interdicta in *d. L. militem*, qui alioqui caussa erat, cur existimaretur ei permitti debuisse. Nam absentes a quibuslibet hactenus defendi posse, & quidem publice interesse ita defendi Ulpianus scribit in *L. servum*, *§. publicæ*, *D. de proc.* Si a quibuslibet, etiam a milite. Etsi publice interest, cur quod publice utile est, militi denegetur? Ne quis ergo putaret, hoc etiam ad milites pertinere; nominatim cautum est, ne hoc quidem permissum esse militibus, ut intelligeremus omnem defensionem alienæ rei militibus denegatam esse. Proinde quod Ulpianus ait absentes a quibuslibet defendi publice interesse, quoslibet intelligemus alioqui ad defensionem suscipiendam idoneos: quo in numero non sunt milites; ac non haberi in eo numero etiam publice interest.

V. Sane quod dicimus neque fœminas neque milites procuratorio nomine experiri posse, sic accipiendum est, si modo vere procuratores sunt, ut dicuntur, idest, alienæ rei, seu alienorum negotiorum administratores. Quod si his mandatæ sint actiones in rem suam, dum ex honesta & verecunda caussa; hoc modo eos procuratores fieri nihil prohibet. De milite cautum in *L. qui stipendia*, *C. de proc.* de fœmina in *L. 4. C. eod.* Merito. Nam ut est in *d. L. qui stipendia*, non interdicitur his rem suam gerere (quod quidem absurdum esset, & iniquum) sed alienam. Non potest autem dici eum, qui honesta & verecunda præcedente caussa mandatas sibi actiones exercet, alieno negotio fungi: cum licet contentio ex persona mandantis sumatur, hunc tamen rem suam gerere non ambigatur. Et hoc est: directæ actiones quæ hic exercentur, sunt alienæ, nempe mandantis: non enim possunt transferri. *L. 3. D. pro soc.* Eo fit, ut qui eas mandatas exercet, hunc necesse sit exercere alienas, & ex persona mandantis: qua ratione & is dicitur procurator. *L. 2. §. ult. D. fam. erc. L. procuratore in rem suam*, *D. de proc. L. emptor*, iuncta *L. ex nominis*, *C. de her. vel act.* Sed subtilitate iuris mandatæ actiones huic procuratori alienæ sunt; re vera & effectu sunt eius. Subtilitate iuris procurator est, dum executionem actionis spectamus, dum exitum & commodum, re vera est [5] dominus actionis & litis. Actiones enim exercet non nomine eius qui man-

3) Ne propter privata negocia a militia avocetur *L. 31. C. de Loc.* Quæ ratio quia in veterano cessat, ideo hic non arcetur *d. L. 8. §. 2.* ubi Gifan. *n. 14.* & Ant. Fab. Duar. *h. t. C. 4* Unde & milites nostri temporis, qui non in expeditione, sed in plateis vagantur, non repelli, vult Zoan. *Tr. de Rom imperio n.* 53. Alias quo tempore vere militant, idem in militibus nostris, quod in veteribus iuris, ut contra Bart. & alios Gifan. *ad L. 7. C. hoc tit. n.* 5. vid. Georg. Acac. Enenkel. *Lib. 2. de Privil. mil. Privil.* 2. Claud. Coteræ. *Lib. 2. de Iure mil. C.* 10. Clerici quoque procurare vetantur *Novell.* 123. *Cap. 6. Cap. denique* 10. *can.* 14. *Q.* 5. *Cap. 2. Ne Cler. vel monachi*, tum ne a sacris avocentur, tum quia iudex laicus, si quid forte deliquerint, eos coercere non posset, Duar. *hoc tit. Cap.* 4 Et quæ ratio eos ab advocatione repellit, ut *supra Cap. 3. n. 23. N.* 40. in procuratione fortior, quæ officium vilius, Marta *de iurisdict. P. 4. Cap.* 116. *n.* 4. Plane iure Pandectarum sacerdotium obveniens, excusationem tribuisse a procuratione suscepta, & caussam mutandi procuratoris fuisse, ast non volentes removisse, arguunt *L. 18. h. t. L. 39. §. 4. de rec. arb.* In foro tameo ecclesiastico recipi volunt, uti & in civili, pro caussis ecclesiæ suæ, vel monasterii. *Nov.* 123. *Cap.* 27. item pro miserabilibus, & coniunctis personis, vid. Bover. *Singul.* 26. *n.* 38. Marta *d Cap.* 116. *n.* 14. Sic Abbatissam nomine cœnobii, recte experiri probant, per *C. cum dilecta 4. de confirm. utili.* Etsi Busius *L. 41. h. t. n. 3.* rescriptum illud singulare esse velit, nec extra personam trahendum.

4) Non placet per *not. supra C. 9. in fi.* & per *L. 6. C. Th. h. tit.* verbis: *ad cognitionem alieni surgit suffragator.* Accurs. *in d. L.* 7. exponit advocatum. Melius, qui intercessorem apud principem, in impetrandis honoribus, &c. pro quo honorarium dari solebat, suffragium dictum, de quo *t. Cod. de suffrag.* Gifan. *in d. L. 7. n.* 5.

5) Adrian. Pulvæ. *ad Ed. de alien. iud. mut. ca. C.* 11. Probe Castrens. *ad L. 1. hoc tit. n.* 25. hunc proprie Procuratorem dici, respectu habito ad ius, quia non deducit in iudicium, actionem directam suo nomine. Respectu autem utilitatis, dici dominum, non Procuratorem. Etsi plerique hunc indistincte Procuratorem, non nisi improprie dici sentiant, ut retuli *supra C. 9. N.* 2.

mandavit, sed suo: in rem suam, non alienam. Unde & procurator dicitur in rem suam. Ea autem caussa propria dicitur, cuius commodum aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. appell. sit*. Ex quo & procuratoris in rem sua dati lis propria esse dicitur in *L. quæ omnia*, in fin. *D. de proc.* idemque ob eamdem caussam domino præsenti ad litem movendam, vel litem suscipiendam, *d. L. procuratore in rem*, *D. eod.*

VI. Sed ut præcedat honesta & verecunda caussa actionis suscipiendæ, exigimus: additum in milite in *d. L. qui stipendia*, *C. eod.* quod multo magis ad fœminas pertinere intelligendum est, quibus hic multo minus tribuendum est quam viris propter sexum. Honesta & verecunda caussa huius mandati est omnis, quæ redemptionem actionis aut acquisitionem emptioni similem non habet, puta permutationem. Idcirco nihil amplius legimus prohiberi militi in procuratione in rem suam, quam redimere negotia, seu alienas actiones, in *L. militem*, *C. eod.* Et re vera omnis alia transferendæ actionis caussa honesta est; quippe quam aut meritum procuratoris inducit, aut necessitas aliqua iuris sui tuendi. A merito proficiscitur, si qua donatur actio, aut legatur. *L. nec adiecit*, 9. *D. pro soc.* Necessitas rei familiaris cogit actionem mandatam suscipere; ut, si actio creditori data sit in solutum; si in divisione hereditatis aut rerum communium actiones uni ex heredibus aut adiudicatæ, aut in communem rem exercendæ datæ sint. *L.* 3. *D. fam. erc. L. penul. C. mand.* Qua ratione recte dictum est in *L. filiusfamilias*, §. *veterani*, *D. de procur.* si quis miles [6] communem caussam omnis sui numeri persequatur, ut suscipiat, concessam esse talem procurationem. Etsi enim qui rem communem agit, pro parte commilitonum suorum procuratorio nomine fungitur: tamen ideo necesse habet id facere, quia partem suam, nisi totam caussam agat, commode gerere non potest. *d. L.* 3. *D. fam. ercisc.*

VII. Extra has caussas manet ius illud, neque fœminam, neque militem ad alienam caussam agendam aut tanquam procuratorem, aut tanquam defensorem vel suffragatorem accedere posse. Sed hic humanitatis caussa personæ quædam exceptæ sunt, pro quibus permissum est etiam fœminis caussa cognita agere. De quo ita Paulus in *L. fœminis*, 41. *D.* de proc. *fœminis*, inquit, *pro parentibus agere interdum permittetur caussa cognita:* simul quid in caussæ cognitione versetur adiicit: *si forte*, inquit, *parentes*, *morbus aut ætas impediat*, *nec quemquam qui agat*, *habeant*. Et bene iis conditionibus hæc procuratio admissa est: ex quibus apparet duabus rebus gravissimis cogentibus admissam esse, illinc necessitate rei familiaris paternæ, hinc officio & pietate filiæ. Quid tamen, si filia agens patris nomine conveniatur mutuis actionibus nomine patris? An non saltem hoc casu agere prohibebitur? Nam edictum prætoris non aliter quemquam admittit ad alieno nomine agendum, quam si is mutuo conventus recte caveat se dominum defensurum. *L. servum*, §. *ult. D. de proc.* At non videtur mulier id facere posse. Nam quæ pro alio defensionem suscipit in iudicio, pro eo intercedit. Mulieres autem pro aliis intercedere senatusconsulto Velleiano prohibentur. Idcirco & suscipere hanc defensionem. *L.* 2. in fin. *D. ad Vellei.* Sed actionem patris denegari filiæ, ubi opus sit, grave & iniquum est. Quid enim, si pater egeat, & suum consequi velit? quid, si actionis dies exiturus sit, nisi quis patris nomine experiatur, nec quisquam alius patris nomine agat quam filia? Rursum filiam pro patre agentem omnimodo admitti, nec cogi patrem boni viri arbitratu defendere, & contra edictum, & aperte iniuriosum est. Quidvis autem pietatis caussa tribuendum est filiæ, dum ne id fiat cum alterius iniuria. *L. nec avus*, *C. de eman. lib.* Quid ergo est? Semper superioribus conditionibus permittendum est filiæ agere pro parente. Sed & ipsam si defensio ab ea postuletur nomine patris, patrem defendere debere, eoque nomine utiliter adversario cavere. Quoniam autem hic metuitur, ne non possit id facere propter senatusconsultum de intercessionibus: vitabitur hoc incommodum, si caveat se in ea defensione senatusconsulto non usuram. Id si faciet, iure erit obligata, nec actor metuet senatusconsulti exceptionem. *L. ult.* §. *pen. D. ad Vell.* Non quod non intercedat magis, quæ se hac exceptione non usuram esse promittit: sed quia hactenus improbatur fœminarum intercessio, si per imbecillitatem sexus intercedant: hactenus, dum alii non decipiantur. *L.* 2. *D. eod.* Nunc autem quæ mulier se pro patre ream facit, ut eius nomine agat,

[6]) Non quamvis, sed omnis sui numeri *d.* §. 2. Quia hæc res ad commodum militiæ refertur: ergo per *L.* 15. *D. L.* 6. *Cod. de LL.* Aliud si caussa unius, pluriumve ex commilitonibus, Ant. Fab. *in d.* §. 2.*

get, eumve defendat iudicio, cum res patris id postulat: hæc nihil intelligitur facere infirmitate sexus, sed [7] officii necessitate: cum neque patrem deserere debeat filia; neque possit eius nomine postulare actionem, nisi hac conditione, ut patrem defendat. Permissum est ergo fœminis supra scriptis conditionibus pro parentibus agere. Sed pro parentibus dictum est dumtaxat in *d. L. fœminis*. Quid ergo si fœmina iisdem conditionibus agere velit pro liberis?

VIII. De his quidem nusquam scriptum legimus. Sed admissa fœminæ procuratione pro parente, dubitandum non est, quin similiter, atque adeo multo magis admittenda sit pro liberis, si quidem liberos morbus impediat, & alium qui agat, non habeant. Priorem suadet pietas debita parentibus: posteriorem pene matri extorquet caritas erga liberos, quam natura procliviorem in liberos & summam esse constat. *L. nam etsi, D. de inofficio testam.* Adde, quod liberorum caussa parentis caussa quodammodo est: cum pro affectu parentes magis in liberos, quam pro se ipsis & rebus suis teneantur: ut bene scriptum est a Paulo in *L. isti*, 9. in fin. *D. quod metus caus.* Dixi, si liberos morbus impediat, matri pro his agere permittendum: ætatem non dixi, quia si liberi [8] pupilli sint, mater his tutorem petet. *L. alienam, C. de procurator.* Puto & uxorem pro marito agentem [9] iisdem conditionibus admittendam, si maritum morbus, aut qua alia iusta caussa impediat, nec habeat quemquam, qui eius nomine experiatur. Finge maritum abesse Reipublicæ caussa, aut teneri captivum ab hostibus. Vitæ coniunctio, omnisque Iuris communicatio inter maritum & uxorem constituta (id enim sunt nuptiæ. *L. 1. D. de rit. nupt.*) plane hanc sententiam exigit.

Tom. V.

IX. De fœminis hæc dicta sunt. Nusquam de milite eadem legimus. Sed non dubitabimus exemplum transferre ad milites: ut [10] milites & pro parentibus, & pro liberis, & pro uxore possint agere, si neque ipsi per se agere possint, & non sit alius, qui agat eorum nomine. Nam præterquam quod miles eamdem pietatem debet parentibus, caritatem eamdem liberis & uxori; etiam in milite hoc plus est, quam in fœmina, quod ille cum vir sit, parentis nomine agens virili officio fungitur, idest, sexui congruente; fœmina idem faciens rem facit a sexu alienam. *d. L. alienam, C. de proc.* At enim scriptum est in *L. militem, C. eod.* militem nec pro patre, vel matre, vel etiam uxore procuratorio nomine experiri posse. Sed hoc generaliter scriptum exceptione superiore temperandum est, nisi iusta caussa postulet, ut id permittatur. Nam & de fœminis generaliter scriptum est in *L. 4. C. de procur.* aliena negotia per eas agi non posse, nisi in rem suam mandatæ sint eis actiones. Et tamen non dubitamus, quin agere possint ex caussa pro supra scriptis personis, quæ & exceptio alibi tradita est, puta in *d. L. fœminis, D. eod.* Sciamus igitur nec in milite generalitatem illam superioris definitionis quidquam impedire, quominus & in eo eadem exceptio recte admittatur.

X. Ac qui conditione personæ prohibeantur procuratores esse, diximus. Est, ut proposui, inter eos qui prohibentur, alterum genus eorum, qui prohibentur ideo, quia non habent ea, quæ procuratoris munus desiderat: quæ quia præstare adversario non possunt, idcirco nec procurationem suscipere possunt sine adversarii iniuria: quæ caussa est illos reiiciendi. Quinque sunt autem in munere procuratoris, huius muneris propria, quæ quemque qui officio procuratoris idonee fungi

N 2

7) Hoc si ita est, uti est, nec renunciatio Senatusconsulti necessaria erit, quia nempe hæc intercessio, Senatusconsulto non prohibita. Frustra vero quis renunciat iuri sibi non competenti. Et recte *Gl. in L. 1. de app. recip.* ac Cyn. *in L. 18. Cod. h. t.* ref. Sich. *ibid. n. 6.* mulierem hic non iuvari Senatusconsulto & argum. *L. 12. in fin. C. h. t.* & ne alias adversarius legis auctoritate deciperetur. Et si ipse Sich. post Bartol. contra sentiat arg. *Auth. matri & aviæ C. Quan. mul. of. tut.* Sed ratio dispar.

8) Si tamen pupillus in ea caussa sit, ut tutor, ei tam cito ad agendum constitui nequeat, matrem admitti, censet Anton. Fab. *ad d. L. 41.* post Sich. *ad d. L. 18. n. 2.* Quid si mulier tutrix liberorum? Admitti volunt Sich. *ad Rub. Cod. hoc tit. n. 3.* Duar. *hoc tit. C. 4.* Chil. Konig. *Processʃ. P. 1. hoc tit. pag.* 155. nec reprobat Gifan. *in d. L. 41. n. 9.* Plane iure Saxonum etsi a tutela hac non arceatur, quia tamen in caussis suis quoque curatoris auctoritate indiget, utique etiamsi ut tutrix experiatur, Zang. *de Except. P. 2. Cap. 8. n. 25.*

9) Diss. Gifan. *ad L. 4. Cod. h. t. in fin.* quia, ait, ex iure nostro, liberi parentibus plura debent, quam coniuges sibi invicem. Sunt & alii casus excepti. Ut in caussa liberali, pro necessariis personis *L. 3. §. 2. de lib. ca.* Quia cum ea honorem totius familiæ concernat, quodammodo caussam suam agit. Atque hinc quia carcer quasi species servitutis, uxores pro liberandis captivis audiri, scribit Gail. *1. Obs.* 133. *n.* 9. item mater pro filio, in caussa appellationis *L. 1. §. 1. de appel. recip.* Alios glossographi addunt, ut in caussa, ad salutem animarum pertinente, repetitione usurarum, decimarum, &c. Tiraquell. *post LL. Connub. Gl. 5. n.* 171. & ubi ex æquitate, non ex stricto iure proceditur, Sich. *ad L. 18 C. h. t. n.* 3 Ayrer. *Processʃ. P. 1. Cap 5. Obs. 5. n. 46.* ut inter mercatores, de dote, in foro Canonico. Quæ ceu commenta explodit Gifan. *in d. L. 41. n.* 11. Denique in abbatissa, vid. *supra N* 3.

10) Diss. Gifan. *in L. 7. C. h. t n.* 2. quia disciplina castrorum, charitate liberorum; & parentum, Romanis antiquior *L. 19. § 7. de capt. & postl.* & Anton. Fab. *ad L. 8. §. 2. hoc tit. in fin.* & Iac. Ayrer. *Processʃ P. 1 C. 5. Obs. 5. n* 23 quia magis patriæ miles, quam parentibus adstrictus sit.

gi velit, præstare adversario oporteat. Primum, ad caussam suscipiendam accedere iure agendi caussa, non adversarii opprimendi. Secundum, posse iudicio adesse ita, ut possit semper, cum opus est, ne quam moram necessaria absentia adferat iudicio. Tertium, in ea caussa esse, ut cum aderit, iudicium suscipere cogatur: cuius etiam suscipiendi caussa procurator accedit. Quartum, in lite tractanda ea facultate esse naturæ, ut intelligere & dicere possit ea, quæ ad caussam pertinent. Postremum, si quas cautiones ius a procuratore exigat (de quibus dicetur postea) ut sit is procurator, qui eas recte præstare possit. Hæc omnia, inquam, procuratoris propria: quæ si recte exigimus, nempe qui ea præstare non possunt, procuratoris officio fungi non possunt. Et ita res habet; licetque ex his qui in hoc genere prohibentur, existimare: quorum quinque ordines observare possumus: totidem scilicet, quot sunt caussæ ad repellendum procuratorem superioribus officiis contrariæ.

XI. Primus ordo est hominum [11] potentiorum: qui vel vi, vel gratia, & importunis intercessionibus facile opprimere possunt tenuiorem adversarium. Id ne fiat per caussam susceptæ procurationis, cavetur constitutionibus sub *tit. C. ne lic. potent. patroc. litig. præst.* & maxime [12] *L. 1. eod.* ne liceat potentiores procuratores dare, eosque obiicere adversario, neve potentioribus liceat id patrocinium litigantibus præstare: & quoniam facile fuit potentioribus ei legi fraudem facere territo adversario, ne ab eo reiicerentur; pœna gravis addita est eadem *L. 1.* si quid contra fieret: in eos quidem *qui patrocinium potentiorum sibi advocassent*, id est, ut iisdem constitutionibus explicatur postea, qui potentiores procuratores adhibuissent in subsidia negotiorum, ut *hi iactura caussæ afficerentur*. In potentiores autem, qui procurationem suscepissent, ut præsides provinciarum in eos *severa sententia vindicarent*, *ut hoc proposito metu*, ait lex, *iudiciariæ lites potius suo marte decurrerent*, id est, æqua & legitima certatione, quæ iudiciorum propria est; *quam potentiorum domorum opibus niterentur*, a quibus scilicet multa metui possunt, ne vi aut gratia contra ius grassentur. Inter potentiores recte numeremus fiscum & Rempublicam. Ideo etiam vetantur fiscus & Respublica cuiquam privato contra privatum procurationem præstare, ne si is quidem, cuius nomine caussam suscipiunt, illorum debitor esse dicatur. *L. 3.* & toto *tit. C. ne fisc. vel resp.*

XII. Sed hoc distat hæc interdictio a superiore, quæ pertinet ad potentiores privatos, quod satis esse visum est prohiberi, ne fiscus aut Respublica, alienæ litis procurationem defensionemve suscipiant: nulla autem insuper pœna addita est, si quis hos procuratores aut defensores dederit, & illi officium susceperint, ut patet ex toto eodem Titulo, *ne fisc. vel resp.* Puto id esse caussæ, quod a privatis potentioribus vis & iniuria metui potest, qui aut corrumpi possunt, aut privatis affectibus duci, ut cupiant illum vincere, cuius caussam suscipiunt. A fisco & Republica nihil horum metui potest, quia huiusmodi corruptelæ aut privatis affectibus non sunt obnoxii fiscus aut Respublica. Ita cum hic non sit eadem iniuria patrocinii delati aut suscepti, satis fuit amovere gratiæ & potentiæ metum.

XIII. Secundus ordo est eorum, qui cum volunt, in iudicio adesse non possunt;

11) Qui gratia, vel opibus pollent, ut Cuiac. *in Par. Cod. d. tit. Ne lic. &c.* Sed imo potentior hic, ratione officii, dignitatis, vel magistratus, quo metus adversario incuti potest. Secus, si respectu divitiarum, vel existimationis, Azo *in Summa Cod. d. tit. n. 1.* Sich. *ad Rub. Cod. d. t. n. 1.* Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit. de Postulat. Resol. 2. n. 6.* Idem tamen esse vult, si potentior sit ratione conveniendi, ut si per laicum fiat cessio ecclesiæ. Tametsi Sich. *d. loc.* hoc interesse sentiat inter *h. tit. & tit. D. ac C. de al. iud. mut. ca.* quod hic posterior loquatur de iis, quorum ratione fori conventio durior, ut militis. Sed Cuiac. 8. *Obs.* 31. potentiorem utrobique pariter accipit, & differentias titulorum has tradit. (1) *Tit. de al. iud. mut.* pertinet ad reum. Hic noster ad actorem. (2) Ille de re translata, hic de actione. Prius discrimen reprobat Trentac. *d. Resol.* 2. dum statuit, quod pœnæ huius tituli æque locus sit in reo, tum ob generalitatem rubricæ & *L. 1. C. h. tit.* tum ob correlativorum naturam.

12) In illos iactura litis *L. 1.* & 2. *Cod. d. tit.* non tamen ipso iure per voculam *afficerentur d. L. 1.* non *affecti essent*. Nec ex officio iudicis mero, sed ad petitionem partis; Eo quod pœna hæc illius, non fisci, commodo cedat, Sich. *ad d. L. 1. n. 10. & seq.* In hos, cum exprimatur *d. L. 1. in fin.* arbitraria, pro caussæ, & circumstantiarum ratione, Sich. *ibid. n. 12. & seq.* Nec tunc tantum, cum redimunt actiones, sed & cum gratia procurationem usurpant *d. L. 1. cir. med.* Dist. Menoch. *C.* 276. *n. 6.* Legibus Wisigothorum *Lib. 3. t. 2. L.* 8. cogitur potentior, patrocinium præbiturus, iudicio exire, vel in duas libras auri damnatur, P. Greg. 49. *Synt. 4. n. 11.* Pœnæ vero huic locus est, sive assumetur patrocinium, per viam procurationis, sive per advocationis, ut Trentac. *d. loc.* (etsi Cuiac. *in Par. C. d. t.* patrocinii verbo solam Procurationem intelligat, Postulare quemlibet contra quemlibet posse scribens.) Et sive gratia suscipiat, sive mercede data, si actionem & litem vexandi gratia redemit, Procurator in rem suam; vel accepta, si agendam suscepit ceu Procurator alius, vid. Cuiac. 8. *Obs.* 31. Eidem locus non est, in caussis capitalibus arg. *L. 18. C de transf. L. 1. de iis qui sibi mort.* Sich *in d. L. 1. n.* 8. Trentac. *d. Res. 2. n. 9.* Item si hos advocans litiget cum æque potentiori, qui id fecit, non ut incutiat metum, sed excutiat arg. *L. 77. §. 31. de leg. 2.* Trentac. *d. loc. n.* 8.

sunt: quo in numero sunt, qui Reipublicæ caussa [13] absuturus est, quive perpetuo morbo tenetur: hi procuratores & defensores esse prohibentur in *d. L. neque*, 54. *D. de proc.* Non dubium, quin ob eam caussam quam dixi, quod cum procurator ideo adhibeatur, ut certet iudicio, ubi & secum experiundi potestatem faciat, id præstare non possit is, qui necessaria aliqua de caussa abesse cogitur. In hunc ordinem recte referemus, opinor, reum criminis constitutum. Hic inter cæteros vetatur defensionem caussæ suscipere ante quam purget innocentiam suam, ut est in *L. reum, C. de proc.* Quid caussæ esse putemus; cum reus criminis nondum damnatus omnia iura sua integer retineat? *L. reo*, 41. *D. de solut.* Dicet aliquis id quod est in *L.* 5. *D. de publ. iud.* non convenire, ut qui reus factus est, ipse nocens, ad alium nocentem accusatum accedat, priusquam se purgaverit. Sed hoc de accusatore recte dici potest, ad procuratorem privatæ litis non pertinet. Multoque minus ad eum, qui defensionem alienam suscipit: in qua alium non oppugnat, sed sublevare & iuvare conatur. Ac ne illud quidem satis firmum est, si quis dicat, ideo reum criminis defensionem alienæ caussæ suscipere non posse, quia non conveniat, qui in caussa criminali indigeat defensione, ipsum defendere alios. Cur enim impediat alienum crimen, quominus qui accusatur, possit aut debeat iuvare alios? Verius igitur dicemus, ideo reum criminis constitutum neque alienæ actionis procurationem, neque alienam defensionem suscipere posse, quia est is, qui ad hunc ordinem & caussam reiiciendi procuratoris pertineat: qui scilicet propter accusationem iudicio privato quoties opus est certo adfuturus non sit. [14] Aut enim carcerem vel vincula metuens se subducet; aut præsens coniicietur in carcerem: aut certe metus erit, ne coniiciatur. Quod omne incommodum una cum metu incommodi in hac re adimi oportet adversario.

XIV. Tertius ordo est eorum, qui cum iudicio adesse possunt, iure tamen iudicium pati non coguntur: quos minime omnium procuratores fieri convenit: cum ideo procuratores accedant, ut cum his iure iudicioque agatur. Et hi negantur defensores esse idonei, multoque magis procuratores ad agendum, in *L. neque*, 54. *de procu.* Quo in numero sunt magistratus populi Romani quamdiu magistratum gerunt. *L. pars, D. de iudic.* Quod si magistratus; consequens fuit, ut eodem loco esset & qui [15] magistratum initurus est; de quo in *d. L. neque*. Nam & hunc constat in eam caussam venire, ne iudicium pati cogatur. Quamquam & magistratuum eæ occupationes sunt, ea dignitas, ut iudiciis privatis tanquam procuratores aut omnino aut honeste interesse non possint: ut hac quoque ratione isti ad superiorem ordinem non male referantur.

XV. Quartus ordo est eorum, qui cum iudicio aderunt, quo & obstringi possunt, ea tamen dicere non possunt, quæ ad caussam pertinent: vel quia loqui non possunt, vel quia non possunt exaudire quæ dicuntur ab adversario, ut apte respondeant; vel quia audientes non intelligunt. In hoc ordine sunt [16] mutus, & surdus: quos hac de caussa placet procuratores ad agendum dari non posse; etsi dari possunt ad administrandum, id est, ad negotia extra iudicium gerenda, quæ litis & iudicii actionem non desiderant. *L. mutus*, 43. in prin. *D. de proc.* In eodem ordine [17] haberi oportet pupillum, furiosum, prodigum, qui quæ dicant, aut ad quæ respondeant, non intelligant.

XVI. Quintus & postremus ordo est minorum viginti quinque annis, quanvis adultorum. Hi [18] quibus in caussis satisdatione opus est, neque procuratores neque

13) In quo hæc ratio verior, quia caussam persequi non cogeretur *L. 9. hoc tit.* Gisan. *in L. 54. h. n.* 4 quam illa A. Fabri *ibid.* quia huic paratum sit restitutionis auxilium.

14) Ita & Gisan. *ad d. L. 6. n.* 3. non reprobans tamen & aliam, quod impudens videatur, qui de vita fama, bonisve periclitans ipse, alienas lites suscipiat.

15 Gisan. *in d. L.* 54. *n.* 7. & A. Fab. quia non præsens tantum tempus, quo idoneus est attendendum, sed totum iudicii tempus, cum translatio in alium damnosa fere sit.

16) Etsi ad negocia admittantur, *d. pr.* quæ sine verbis, & auditu peragi possunt, licet non ita commode. Sibi enim imputet qui præposuit, Gisan. *in d. L.* 43. *n.* 3. Male vero A. Fab. vers. *forsitan & ipsi*, ceu Triboniani adiectionem damnans, hoc negat, quod tutor, & curator mutus, surdus, dari non possit, quodque ad agnatos deducendus videatur, qui eum eligit. Nam tutoris alia ratio, cuius officium non in personæ tantum tuitione, & rerum gestione, sed & iudiciorum persecutione, & auctoritatis interventu. Et mutos certe ad negocia, quæ vocem non requirunt, peragenda non inhabiles, sæpe etiam solertes experimur. Quid quod nec exempla desunt eorum, qui muti surdi nati, legere & scribere edocti. Fr. Vallesf. *de sacra Philos. C.* 3. *pag.* 57. Vasq 3. *ill. Contr.* 103. *n.* 2. Phil. Camerar. *Operar. succis. Cent.* 1. *C.* 37.

17) De furioso *tex. L.* 2. *§.* 1. *h. t.* ubi negatur absentis loco esse, ad hoc scilicet, ut Procurator dari possit. Cavillationi enim cuiusdam occurrit IC. Alias omnino absentis loco est *L.* 124. *§.* 1. *de R. I. & simil.* Imo plus quam absens, A. Fab. *ad d. L.* 2. Cuiac. *ad L.* 173. *de V. S.* Forner. *ad L.* 209. *eod.* Pac. 2. *Q.* 30. In prodigo ratio, & quia furioso comparatur, & quia iudicio quasi contrahitur, vid. Iac. Ayrer. *Processf. P.* 1. *C.* 5. *n.* 49. *& seqq.*

18) De quibus pluribus *supra* C. 3. *n.* 7 ubi vide *N.* 19. Sunt & quidam, de quibus iusta dubitatio in certis caussis, sed qui non arcentur, ut (1) heres fiduciarius, in actionibus hereditariis datus, a fideicommissario *L.* 42. *§.* 3. *h. t.*

que defensores esse possunt: quoniam cavere utiliter non possunt: his enim succurritur propter ætatem; sed & eorum fideiussoribus. *L. minor*, 51. *D. de proc. L. exigendi. C. eod.*

XVII. Sunt ergo hi, qui procuratores aut defensores alienæ caussæ accedere prohibentur. Sed videndum est, quatenus. Neque enim præfracte hoc ius accipitur; sed est, ubi remittatur ad aliquem modum. Ac primum sive quis ad defensionem accedat ex superioribus, sive etiam agat alieno nomine; quod dicitur superiores idoneos procuratores aut defensores non esse, & reiici posse: sic accipiendum est, si initio in lite contestanda, aut tunc cum primum ad agendum defendendumve accedunt, repellantur ab adversario exceptione procuratoria: ut dicat adversarius, tibi procuratori aut defensori esse non licet ob has aut illas caussas, de quibus diximus. Quod ad alienam caussam accedentem omissa personæ inquisitione adversarius admiserit: quicunque erunt ex superioribus, [19] idonei procuratores erunt deinceps, dummodo liberi sint, non servi: usque adeo, ut & milites alieno nomine agentes iure procuratores habeantur, si lis cum his contestata sit [20] omissa militiæ præscriptione. *L. ita*, *L. licet*, *C. de proc. L. filiusfamilias*, *§. veterani*, *D. eod.* Conditio hæc est exceptionis dilatoriæ, qualis est hæc procuratoria, ut initio litis recte opponatur: semel initio omissa post litem contestatam repeti non possit. *L. pen. L. ult. C. de except. L. Pomponius*, *§. ult. D. de procur.*

XVIII. Sed & in minoribus viginti quinque annis, quod dicitur eos idoneos defensores non esse, & repelli posse, placet sic esse accipiendum, ut repelli possint, nisi pro absente in defenso, & qui alioqui damnari potuit, interveniant. Tum enim multo iustius esse huiusmodi defensorem audire, quam absentem quasi contumacem & indefensum gravi condemnatione afficere hoc in *d. L. exigendi*, *C. de proc.* Ubi notandum est rescriptum dicere, audiendum esse talem defensorem, non talem defensorem admittendum. Et recte. Non enim pro legitimo defensore & procuratore minor admittetur; primum quia ius vetat: ut vere dicatur in eodem rescripto potuisse iudicem talem defensorem depellere ab officio procuratoris. Deinde quia fieret adversario iniuria, si admitteretur minor ad suscipiendum pro absente iudicium sine satisdatione; aut ita, ut satisdaret quidem, sed frustra, cum minori succurratur. Sed audietur, inquam, talis defensor, ut rescriptum loquitur: quod significat, iudicio adversus eumdem reum manente, nihilominus minorem verba pro eo facientem, & absentis innocentiam atque animum a contumacia alienum purgantem audiendum: quod in omnibus caussis admitti publice interesse Ulpianus scribit. *L. servum*. *§. publice*, *D. de proc.* Atqui in eo nulla fit adversario iniuria. Nam si iudex compererit absentem malam caussam habere, condemnabit eum: sin bonam; absolvet quidem: verumtamen etiam remoto omni defensore idem faceret, ubi ex iis quæ acta sunt, idem comperisset. *L. & post*, *D. de iudic.*

CAP.

3. *h. t.* ubi in eandem personam concurrunt actiones directæ, quas retinuit heres, & utiles, quæ in restitutione translatæ: sed diversis respectibus. Illæ enim, quas Procurator datus suo iure habet, inutiles & inefficaces: Hæ vero utiles. Sic enim & contra Procurator, in rem suam habet actiones utiles iure suo, directas ex persona alterius, qui cessit. Ant. Fab. *add* §. 3. (2) Dominus pignoris datus a creditore ad actionem Servianam *d. L.* 42. §. 4. Spectatur enim hic non tam res ipsa, quæ petitor, ne videatur Procurator rei suæ, *contra L.* 1. *h. t.* quam ius creditoris, in re, quod alienum. Paulo aliter. Gisan. & A. Fab. *ad d*, §. 4. (3) Correus credendi in actione de constituto, facto correo. Quia etsi inter eos communis obligatio fuerit, unde quisque suo nomine actionem habuit, si tamen alteri constitutum, postea alteri solvi nequit *L.* 10 *de constit. pec.* Et in actione constitutoria non sunt correi, Gisan. *ad d.* §. 4. *n.* 30. Aliud igitur, si datur ad agendum ex priori obligatione, contra quam Ant. Fab. *ad d.* § 4. tum ne rei suæ procurator sit, tum per *d.* §. 4. argument. a contrario. Tametsi (4) Correus debendi indistincte dari possit, etiam in eadem actione *d.* §. 4. Non quod una numero obligatio non sit utriusque, sed specie, ut Gisan. *ibid.* Nec quod olim sola electione unius liberati cæteri, ut A Fab. Hoc enim refellitur. per ea quæ *supra Lib.* 16 *Cap.* 25. *N.* 7. Sed quia alia ratio hic rei, quam actoris. Frustra agit alieno nomine, qui ex eadem caussa potest, proprio. At non temere defensionem suscipit correi conventi, cum utique nomine proprio, non possit suscipere litem, quia creditor, cui libera alterutrius conventio est, contra hunc experiri non vult.

19) Intellige si civili, non naturali ratione arceantur, Quis enim dicet, non obiecta exceptione pupillo furioso, muto, surdove iudicium consistere? Nec exceptio omissa in primo iudicio, potest opponi in iudicio appellationis *L.* 13. *C. h. t.* quia persona semel approbata, Gisan. *ibid.* & caussa eadem cum priori, eoque effectus suos litis contestatio porrigit, Sichard. *in d. L.* 13. *n.* 12. Si tamen post litem contestatam ortæ fuerint, vel ante, iusto errore ignoratæ: tunc demum compertæ exceptiones admittentur. vid. Aurer. *Processf. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 5. *n.* 60. *& seqq.* confer ea, quæ supra *Lib.* 17. *C.* 25. *N.* 14. Si post litem contestatam constitutus Procurator, necesse est ut in primo actu, protinus repellatur, alias ille quoad hoc, pro litis contestatione est, Sichar. *ad L.* 13. *Cod. hoc tit. n.* 5.

20) Hæc ratio non apta est, quo ad militem, qui nec, si velit adversarius, Procuratorem dare potest *d. L.* 8. §. 2. & tamen lite cum eo contestata, iudicium consistit. Non quasi ex voluntate adversarii: Nam & eo tacente, iudex militem repellere potuit; sed propter auctoritatem, & formam iudicii constituri, si & iudex, & adversarius admiserint, vid. Anton. Faber *in d. L.* 8. §. 2. & Gisan. *n.* 18. Nam iudex sane ex officio, repellere potest, argum. *L.* 7. *de postul.* sed ante litem contestatam, quia cum pro parte supplet, ad observantiam eiusdem iuris, & termini adstringitur. Sichar. *ad L.* 13. *C. h. tit. n.* 9. *& seq.* Minori si non obiecta hæc exceptio, an processus valeat, varie tractat Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 3. *n.* 35. add. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 24.

C A P. X I I.

Ubi mandato opus ſit ei, qui alieno nomine agere, aut defenſionem ſuſcipere velit: & cuius in ea re mandatum; & quale requiratur.

Continuatio atque ordo. I.
A defenſore mandatum non exigitur & quare. II.
Exceptio. III.
Agentem ſine mandato alieno nomine nihil agere, etſi de rato caveat. IV.
Quandocunque id appareat, etiam poſt litis conteſtationem. V.
Quid ſi lis conteſtata cum eo qui agit mandato domini, non idoneus alioquin. Huius a ſuperiore differentia qualis. VI.
Contrariis occurritur. VII.
Cum de mandato incidit controverſia, procurator admittitur, ubi caveat de rato. VIII.
Idem quando domini mandatum liquido probare debeat. IX.
Agunt pro alio etiam ſine mandato ſex genera perſonarum. Quæ ſint, quibus hæ conditionibus agant. X.
Alieno nomine agentem ſine mandato duo item admittunt genera cauſſarum; & quæ ſint. XI.
Actionem ſive defenſionem mandat aut lex tutoribus & curatoribus. XII. XIII.
Aut dominus litis: qui talis; nec vero procurator, aut tutor, aut curator ante litis conteſtationem. XIV.
Contraria refelluntur. XV.
Tutor, aut Curator actorem periculo ſuo conſtituit. Actoris a procuratore differentia qualis. XVI.
Dominus litis actionem mandat, ſive privatus ſive univerſitas. XVII.
Hæc actorem ſibi conſtituit, & quatenus. XVIII.
Conſtituit actorem civitati aut lex, aut ordo. Qui lex. XIX.
Ordo conſtituit, ſi duæ partes decurionum conſentiant, non cum pars eorum maior. XX.
Id vero ſecus in pluribus iudicibus atque arbitris. Quæ differentia. XXI.
Conſtituit ſyndicum vel actorem. Uter ab altero qui differat. XXII.
Actorem dare num liceat cuicunque: quæ incidere poſſint controverſiæ. XXIII.
Conſtituit, ſive per ſe, ſive per duumviros. XXIV.
Dominus litis duplex. Qualis uterque XXV.
Quare poſt litem conteſtatam fiat dominus litis, qui antea non erat. XXVI.
Nec quo tempore iudicium conſiſtit, maneat idem, qui prior actionis dominus. XXVII.
Poſteriore dato procurator eſſe prior deſinit; ex pluribus ſimul datis qui agere prior cœpit, reliquos excludit. XXVIII.
Mandato ineſſe debet cauſſa, qua de agitur. Ex verbis hæc, aut ex ſententia mandantis æſtimatur, & quomodo. XXIX.
Mandatum omne verbis aut generale, aut ſpeciale. Poſterius hoc ab una cauſſa expreſſa excludit reliquas. XXX.
Niſi & illæ contineantur ex ſententia mandantis: exempla. XXXI.
Generale mandatum ſpecies generis omnes complectitur, niſi quæ mandantis ſententia excipiantur. XXXII.
Excipitur autem cauſſarum genus triplex. Quale unumquodque. XXXIII.
Item perſonæ quædam, & quæ. XXXIV.

I. CUm neque cauſſa, neque conditio perſonæ poteſtati alieno nomine agendi obſtabit; tertium deinceps in ea poteſtate ordine requiremus, eius ad quem ea res pertinet, mandatum: ſine quo ut plurimum ad actionem alieno nomine movendam, aut alienam defenſionem ſuſcipiendam accedere non licet invito adverſario: & non licet ideo, quia concedi non poteſt ſine adverſarii iniuria. Sed neque hic ubique mandatum exigimus, neque ita præciſe, cum exigitur, ut ſemper certo id probari oporteat. Quapropter ubi mandato opus ſit ei, qui alieno nomine actionem aut defenſionem inſtituet, & quatenus opus ſit, hoc loco cognoſcendum eſt. Quo poſito etiam illud ſequetur, ut cognoſcendum ſit, cuius mandatum in eo, & quale requiramus.

II. Et in mandato exigendo alia cauſſa hic habita eſt defenſoris, alia eius qui alieno nomine movet actionem. Defenſioni hoc tribuitur, ut dum cauſſa & conditio perſonæ non impediant, admittatur quilibet

libet ad alium defendendum & [1] fine mandato. Id enim eſt, quod Ulpianus dicit abſentes a quibuslibet defendi poſſe, idque ita fieri publice utile eſſe. *L. ſervum*, *§. publice*. *D. de proc.* Publice utile, intellige, abſentibus. Quam utilitatem ipſe alibi ſic explicat; ut abſentis negotia geri poſſint licet ignorantis, ſintque ex ea geſtione mutuæ inter gerentem & dominum actiones, quod fit edicto de negotiis geſtis; *magna*, inquit, *in eo utilitas abſentium verſatur, ne indefenſi rerum poſſeſſionem aut venditionem patiantur, vel pignoris diſtractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel iniuria rem ſuam amittant*: hoc ille in *L. 1. D. de neg. geſt.* Hoc ſentit, certa hæc pericula imminere fortunis omnium, ſi ad defenſionem abſentium mandatum dominorum exſpectetur. Neque enim domini divinare poſſunt, quando & quibus de cauſſis ab aliquo conveniantur: ut ſæpe neceſſe ſit eos conventionem ignorare, cui proinde defenſione occurrere non poſſiut. Sed etſi ſe conveniri non ignorent, tamen multis caſibus impediri poſſunt, quominus poſſint defenſioni ſupereſſe: quibus temporibus niſi defendantur, neceſſe eſt eos incidere in ea incommoda, quæ dixi. Sed addendum eſt amplius, cum naturalis & civilis ratio ſuadeat meliorem alterius conditionem facere nos poſſe & ignorantis & inviti: *L. ſolvendo, D. de neg. geſt.* defenſionis iſtius æquitatem eo uſque progredi debere, ut non ignorantis tantum, ſed etiam inviti defenſio ſuſcipi poſſit: quod & placuit. Inde dictum, unoquoque iudicium pro nobis ſuſcipiente & ignorantes nos & invitos liberari. *L. ſolutione*, 23. *D. de ſol.* Sane qui alium defendit iudicio ſatiſdare debet adverſario iudicatum ſolvi. *L. ult. Inſt. de ſatiſd.* De quo poſtea ſequenti capite. Sed non eo minus verum eſt ab eo mandatum non deſiderari. Neque huius non deſiderati argumentum eſt ſatiſdatio, quaſi hæc in locum ceſſantis mandati adhibeatur: cum etiam mandato interveniente nihilominus locus ſit huic ipſi cautioni.

III. Unum genus cauſſæ exceptum eſt, in quo etiam a defenſore mandatum, & id quidem ſpeciale exigitur. Ea eſt omnis cauſſa famæ. Cuius generis exemplum proponitur ſuſpecti tutoris accuſatio in *L. non ſolum*, 39. *§. ult. D. de proc.* exſtatque de ea apud Ulpianum diſtinctio in hanc ſententiam, ut ſi quidem abſens tutor qui ſuſpectus poſtulatur, ita abeſt, ut de voluntate eius in defenſione vel retinenda vel alii mandanda ſtatim cognoſci non poſſit, & prætor de ſuſpecto [2] cogniturus eſt, ibi quivis defenſor pro abſente interveniens etiam ſine mandato audiatur: ſin tutor in eadem civitate eſt, aut non procul abeſt, ut quid de defenſore fieri velit, & facile & cito cognoſci poſſit; negat Ulpianus ſuſpectum hoc caſu per procuratorem excuſandum, niſi conſtet ei a tutore mandatum, idque nominatim: *quia*, inquit, *famæ cauſſa eſt*. Id eſt, quia cauſſa famoſa eſt, in qua de exiſtimatione & fama tutoris agitur. *§ ſuſpectus autem remotus, Inſt. de ſuſpect. tut.* Merito id genus cauſſæ hic exceptum: quia famæ cauſſa [3] non cuivis temere committenda eſt, ne defenſor male agendo & tutorem condemnationi iudicis ſubiiciendo lædat abſentis exiſtimationem. Ergo eodem exemplo idem probabimus, ſi qui conveniantur furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti: quoniam & hæ omnes cauſſæ ſunt famoſæ. *L. 1. D. de his qui not. infam.* Nec ad rem pertinet, quod alio defenſore cauſſam agente dominus non damnatur, eoque nec ſummo iure fit infamis. *Licet enim*, inquit Iulianus, *verbis edicti non habeantur infames ita condemnati; re tamen ipſa, & opinione hominum non effugiunt infamiæ notam*. L. 2. *D. de obſeq.*

IV. Diverſa cauſſa eſt eius, qui alieno nomine movet actionem. De quo, paucis perſonis & cauſſis exceptis, ita in univerſum ius eſt, neminem ſine mandato alieno nomine experiri poſſe. *L. 5. §. ult. D. de præſc. verb.* Merito. Nam ſi actio eſt ius perſequendi iudicio, quod debe-

1) Et hic ſpecialis defenſor dicitur, ut *ſupra C. 9. N.* 3. De quo vid. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 23. *n.* 10. *& ſeq.* Chilian Konig *Proceſſ. P. 1. Tit. Von dem Vertretter oder defenſore p.* 183. *& ſeq.* Suerin. *Rep. Lect. C.* 22. Ubi differentiam Procuratoris & defenſoris huius perſequitur. Et defenſorem hunc, voluntarium vocant, ſecernentes a neceſſario, qualis eſt Procurator in reconventione, Rosbach. *d. T.* 13. *n.* 2 *&* 3. Giſan. *in L.* 43. *§. ult. h. t. n.* 17.

2) Si ſcilicet edictis evocatus, copiam ſui non fecerit, prævia diligenti inquiſitione *L.* 7. *§. ult. de ſuſp. tut.*

3) Recte. Nec probo quod Weſenb. *in Par. h. t. n.* 5. & Bronch. 1. *Aſſert.* 55. quoad cauſſas famoſas ita diſtinguunt, ut ſi pœna certa iis præſtituta, relegatione levior, admittatur Procurator *L.* 42. *§.* 1. *h. t.* Sin arbitraria & incerta petatur, repudietur idem, quia hæc augeri, & ad mortem extendi poſſit. Et ſic exaudiunt *d. L.* 39. *§. ult.* Nam ſi hæc ratio *d. §. ult.* quia ſuſpectus corporaliter puniri poteſt, ne quidem cum ſpeciali mandato, procurator audietur, extra caſum, quo abſens damnari poteſt, per ea quæ *ſupra Cap.* 10. *N.* 5. Ac recte Menoch. *Arbitr. Quæſt.* 80. *n.* 12. *in d. §. ultim.* cauſſam eſſe civilem principaliter, ac Farinac. communem hunc intellectum eſſe teſtans *QQ. crim.* 99. *n.* 41. Peius Anton. Faber *in d. L.* 39. *§. ult.* totum verſ. *Sed non facile d. §. ult.* ceu ineptum Triboniani emblema damnat.

debetur: nemo alium iudicio conveniendi, & ab eo quid persequendi ius habet, qui nullam habet actionem: exstatque hæc sententia in *L. si pupilli, 6. §. ult. D. de neg. gest.* Iam vero qui alieno nomine sine mandato agit, is nullam actionem habet. Non enim habet propriam, cuius de re non agitur: non habet mandatam, cui mandatum nihil est. Quare nec is alieno nomine potest iudicio experiri. Quod quidem nullam dubitationem habet in eo qui sic agat alieno nomine, ut nec ullam indemnitatis cautionem offerat reo. Sic enim manifesta iniuria afficiatur reus: cum sive absolvatur, elusorium ei iudicium futurum sit, manente domino eadem actione: sive condemnetur, damnosum: ubi pecunia exacta nihilomagis liberetur ab eo, cuius nomine actum est. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Sed finge eum qui alieno nomine agit, satisdare dominum rem ratam habiturum. Et si se procuratorem dicet, qui agit, in re dubia audiri potest, satisdationem offerens: de quo postea. Sed si fatentur sibi mandatum nihil esse, nec si satisdationem offerat, [4] eo magis audietur. Non enim facit satisdatio, ut magis actionem habeat is, quem constat per se nullam habere. Eiusque rei certum argumentum est, quod quædam sunt personæ certæ, quibus solis hoc concessum sit, ut alieno nomine agere possint sine mandato, si satisdent dominum rem ratam habiturum, de quibus paulo post. *L. Pomponius, §. ult. D. de proc.* Idem declarat illa definitio *L. 1. C. eod. cautio ratibabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.* Hoc enim significat, quoties de mandato certum est in alterutram partem, ut vel constet id intervenisse, vel constet nullum esse, ibi cessare ratihabitionis cautionem: nempe quia priore casu cautio supervacua est: posteriore autem procurator non admittitur, quantumvis cautionem offerat. Nec simile est, quod actor agendo quemvis defensorem cum satisdatione admittere cogitur. Multum enim interest, utrum quem iudicio oppugnes, an iudicio pulsatum defendas. Oppugnando semper [5] deteriorem conventi conditionem facis, si nullo iure tuo, quoniam cogis eum iudicium & litem pati, qui prins nulli iudicio subiiciebatur. Pulsatum defendendo facis eius conditionem meliorem; quod omni ratione concessum est. *L. solvendo, D. de neg. gest.* actoris deteriorem non facis: cum si ei videtur non litigare, neque hunc neque alium defensorem habere cogatur. Sin ei iudicio agere placet, nullum eius incommodum sit extraneum defensorem admittere, a quo æque ius suum potest consequi.

V. Adeo autem verum est neminem alieno nomine sine mandato experiri posse invito adversario, ut si quis initio litis mentitus sit se procuratorem esse, cui mandatum nihil erat, & ita eo admisso lis cum eo contestata, cum forte in eius personam quæsitum non esset: si quo casu postea falsus procurator inveniatur, placeat reum eo iudicio non teneri, atque adeo nullum iudicium esse. *L. licet, C. de proc.* Optima ratione: nam si recte definitur actio ius persequendi iudicio; non est actio intentata sine iudicio, nec iudicium in rebus privatis sine actione. Reciprocantur enim in sese definitum & definitio. Iam autem effectum est, eum qui vere procurator non est, idest, cui non est mandata actio, alieno nomine agentem nullam actionem habere neque propriam, neque mandatam. Quo fit, [6] ut simul atque de eo constiterit, retroversus intelligatur iudicium non constitisse.

VI. Initio quidem litis in personam procuratoris inquiri iubetur, & hoc quæri, idoneus sit procurator, an non sit; puta, utrum miles sit, necne, qui alieno nomine agit, vel convenitur: placetque hoc prætermisso eum procuratorem manere,

4) Vulgo ita: Aut certum est habere mandatum, & cautione non oneratur, aut certum est non habere, & nec cum ea admittitur, nisi sit unus ex coniunctis, & ut coniunctus adsit. Aut dubitatur de mandato, & cum cautione admittitur. Duaren. *hoc tit. Cap.* 7. P. Gregor. 49. *Synt.* 4 *n.* 9. Azo *in Summa C. h. t. n.* 23. Magon. Cynos. *advocat. Capitul.* 17. *n.* 18. *&* 2. *seqq.* Gisan. *ad L.* 39. §. 1. *h. n.* 7. *&* 8. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 3.

5) Etsi enim videatur cautione rati, de indemnitate prospici, expedit tamen intacta potius iura servari *L. ult. C. in quib. caus. rest.* Ad hæc interest adversarii molestia diversorum iudiciorum non vexari *L. 6. de minor.* cuius molestiæ æstimatio vera, iniri nequit, Tunæ. Fab. 1. *Annot.* 21. *n.* 1.

6) Hinc insanabilis reputatur nullitas, defectu mandati, Octav. Vestr. *Pract. aula Rom. Lib.* 5. C. 13. *n.* 3. *ibique in annot.* Gravat. *lit.* G Et ideo in quacunque parte litis, etiam in exsecutione iudicati, opponi exceptio falsi procuratoris potest, Duaren. *h. t.* C. 7. *initio* Magon. *Cynos. advocat.* C. 7. *n.* 35. *&* *n.* 38. Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 2. *h. t.* Sichard. *ad L.* 13. *C. h. t. n.* 4. *&* *ad L.* 24. *n.* 2. Etsi enim exceptionem procuratoriam hoc quoque casu, dilatoriam dicamus, non vero ut A. Fab *d. loc.* post alios, quos citat Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. caus. civil. &c.* C. 101. *n.* 46. peremptoriam: tamen regula de dilatoriis initio opponendis fallit, quando dilatoria tam efficax, ut probata processum invalidet, veluti hæc, ut & exceptio incompetentis iudicis, male concepti libelli &c. Probata enim tali exceptione, cum acta nulla fiant, perinde iudicatur, ac si nec ulla litis contestatio fuisset, ait Sichar. *in d. L.* 24. *n.* 4. *&* 3. Et censetur itaque ante litis contestationem obiecta, quia deficiente una persona ex tribus iis, quibus iudicium consistit, necesse est omnes actus iudicii, proinde & litis contestationem, nullam fieri, Gail. 1. *Obs.* 47 *n.* 2. add. Ioan. Bapt. Asin. *Praxi iudic.* §. 13. *C.* 2. *limit.* 8.

cum quo lis contestata est. *L. ita*, *C. de procur.* Sed hoc dictum est, de vero procuratore, idest, de eo, qui mandato quidem domini agat, sine quo non est procurator: sed conditione personæ impeditur, quominus sit procurator invito adversario. Multum refert ad reiiciendum eum qui alieno nomine agit, utrum mandatu domini agat, alioqui per se non idoneus: an vero per se idoneus agat sine domini mandato. Qui mandatu domini agit, vere & procurator est, & habet actionem mandatam: ut non possit tanquam qui actionem non habeat, summoveri. Potest quidem reiici ob conditionem personæ. Sed si initio litis admissus erit, nihil est impedimento, quominus iudicium consistat. Obstabat enim ei sola adversarii voluntas, cui datum est, ut posset si videtur, procuratorem reiicere. At is omissa initio exceptione, procuratorem tanquam idoneum admisit; certe omnem eam exceptionem quæ dilatoria est, omittendo amisit. *L. penul. L. ult. C. de except.* Cum autem experitur quis sine mandato quanvis alioqui idoneus, huic constitit nullam esse actionem: proinde nec si tanquam procurator agat, posse cum eo consistere iudicium. Iure certe ab initio consistere non potest, ubi nulla sit actio. Voluntate autem adversarii ideo non constituitur, quia tanquam procurator admissus est. Apparuit autem postea eum procuratorem non esse. Qui in aliquem tanquam procuratorem consensit, perspicuum est eum in illum si procurator non sit, non consensisse. Denique error non habet consensum. *L. 2. in princ. D. de iud.*

VII. Hic occurretur ex *L. licet*, *C. de proc*, ubi in hac ipsa specie falsi procuratoris initio ita traditur, debere in principio personam inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat. Quorsum hanc inquisitionem in principio exigere, nisi ut intelligatur, si ea initio omissa sit, seram esse postea eius inquisitionem? Quod & verum est: sed hactenus post litem contestatam id inquirere non licet, ut non possit procuratori ultro hæc controversia fieri, quasi procurator non sit, & peti, ut de eo quæratur. Id quod & rescriptum intelligit. Subiicit enim, licet superius in re dubia ita est; tamen si quo casu postea falsus procurator inveniatur, id est, si per se cœperit constare eum qui tanquam procurator egerat, procuratorem non esse: tum in re manifesta non posse esse iudicium. Finge 7) constare postea vel ipsius procuratoris confessione, vel domini obnuntiatione cui ille non adversetur, vel ex instrumentis caussæ ex quibus pateat denegatam esse procuratori eam ipsam actionem. Hæc ergo certa, quandiu fatebitur quis sibi mandatum nihil esse, aut aliter nullum mandatum intervenisse constabit.

VIII. Quid si de eo erit controversia, ut dicat, qui alieno nomine agit, se procuratorem; sed reus neget, & postulet sibi probari? Regulæ communes iuris id postulare videbantur, ut quoniam qui agit, sibi mandatam actionem esse dicit, idque ipsum ad fundandam intentionem suam dicere cogitur, id probare debeat, neque aliter audiatur. *L. 2. D. de prob. L. actor, C. eod.* Sed in hoc specie ius tempera-

7) Unde si post litem contestatam obiiciatur, onus probandi falsitatem Procuratoris incumbit excipienti, Sichar. *ad L. 24. C. h. t. n. 6.* Nec tantum si mandati instrumentum prius approbatum, deinde id falsum esse, vel revocatum contenditur; Sed etsi mandatum plane nullum antea exhibitum: Eo enim ipso, quod litem eum illo contestari passus est, constituit eum in quasi possessione Procurationis, & sibi imputet, quod non exegerit, Vasquius de communi testans 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 4. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 97. Ubi tamen iudicem ex officio posse exhibitionem mandati, etiam lite contestata, desiderare; cum id litibus citius finiendis, & ne iudicia fiant elusoria, conducat, itaque usu servari perhibet, add. Vasq. *d. C.* 16. *n.* 2. & 3. Alex. Stiaticus *Pract. Obs. C.* 3. *n.* 5. Rulant *de Commissar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 8. *n.* 3. Magon. *Cynos. advoc. C.* 17. *n.* 26. *& seq.* Nicol. Ant. Gravat. *Annotat. ad Pract. Vestrii Lib.* 4. *Cap.* 5. *lit. A.* & Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. causs. civil. crim. & haret. Cap.* 101. *n.* 33. qui hanc æquiorem, & receptiorem vocant, licet contraria quoque dicatur communis. Iudicium vero cum falso Procuratore susceptum, tametsi nullum sit respectu principalis, ratione Procuratoris ipsius asserti valere volunt, per *L. 69. h. t. L. 4. pr. de re iud.* Quæ tamen LL. de eo qui se liti obtulit loquentes, non de Procuratore actoris, exaudiendæ, quia is condemnari nequit in caussa principali, proinde, nec actio iudicati in eum dari potest, licet si de rato caverit commissa stipulatione teneatur ad id quod interest, ut *infra C. 14. n.* 35. Sed de defensore rei, qui sine mandato admittitur, vid. Donell. *ad d. L. 4. pr.* Cujac. 14. *Observ.* 30. Sed quid si sententia pro falso Procuratore lata, nunquid domino prodesse poterit, ex ratihabitione post sententiam, ut inde ipsi iudicati actio, itemque utilis ex stipulatu, ob commissam iudicatum solvi, cautionem huic Procuratori præstitam, detur? (Sicuti inter omnes convenit, ex eadem obesse illi posse *L. 3. § ult. Rat. rem. hab.*) Et quanquam hic varient DD. nec desint, qui non, nisi in sui præiudicium probare posse, contendant, Mynsing. 1. *Obs.* 44. Fachin. 8. *Contr.* 61. quod ratihabitio congruo tempore interponi debeat, instantia necdum perempta: Crebrius tamen eo itum est, ut indistincte valeat hæc ratificatio, sive a maiore, sive a minore facta, per *L. licet 56. de iudic.* Imputet enim sibi pars adversa, quod iudicium cum falso Procuratore peregerit. Et quando actus alterius nomine gestus, ab initio habuit omnia essentialia, solo deficiente consensu illius, superveniente eo retro validatur *L. 16. § 1. de pign.* Gail. 1. *Obser.* 47. *n.* 4. rebus iudicatis firmans Tessaur. *Decis.* 7. *n.* 1. Martin. Monter. a Cueva *Decis.* 40. *n.* 67. Trentac. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 2. *n.* 2. Timæ. Fab. 9. *annot.* 20. qui hoc præter alios comprobat ex *L. 3. §. 2. & seq. Iud. sol. L. 22. §. 3. Rat. rem hab.* quas eleganter inducit, quæque hoc firmissime probant. Absurdum certe stipulationem *rati* semper in eum finem interpositam, ut ratum habeat dominus, nunquam eum finem sortiri, sed semper committi caussa ab adversario obtenta: add. not. *infra Cap.* 14. *N.* 3. & 2.

peratum est, placuitque eum, qui sibi mandatam actionem esse dicit, admittendum esse, quanvis de mandato nihil probet, si modo satisdet dominum rem ratam habiturum. Idque est, quod significatur superiore illa definitione. *L. 1. C. de proc.* ratihabitionis cautionem tunc exigi a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Ius ideo constitutum, quia in hac incertitudine tam potest fieri, ut negotium ei mandatum sit quam ut non sit. Quod si mandatum est, iniquum est eum removeri. Si non est; tamen hic periculum non metuemus, quia superiore cautione abunde adversus id periculum satisfactum est reo. Dum autem hoc modo utrique consulatur, valde inutile esse visum est altiorem quæstionem inducere de mandato, non necessariam reo, actori autem etiam damnosam. Iniicit præterea iudicio moram: quam omnem nisi aperte necessaria est, publice expedit prædidi. Pertinet enim ad lites celerius dirimendas, efficitque & ut sit quam minimum litium. Quod ut fiat, ut publice utile, præcipue leges student. *L. quidam, D. si cert. pet. L. properandum, C. de iud. L. ult. D. pro suo.*

IX. Una caussa est, in qua propter periculum reo imminens placet procuratorem alieno nomine agentem non aliter admitti, quam si mandatum domini liquido probet. Ea est, cum nomine eius cui fideicommissa hereditas relicta est, procurator petit ab herede, ut hereditatem adeat, & restituat. Hic, inquam, placet heredem qui suspectam dicit hereditatem, non esse compellendum adire, nisi certum sit dominum ad quem ea res pertinet, mandasse, quantumvis procurator cautionem de rato offerat. Et hoc propter periculum hereditatis aditæ: quod tale est, ut heres oneribus hereditariis obstringatur; quibus & perpetuo obstrictus mansurus est, si fideicommissarius de hereditate restituenda nihil mandavit. Nec multum ei profuerit cautio ratihabitionis: quoniam fragiles hæ cautiones esse solent: & nimis magnum periculum est æris alieni, quod imminet. Hæc ad istam sententiam in *L. qui ita, 66. §. 1. D. ad Treb.*

X. Interdum tamen etsi constet ei, qui alieno nomine agit, mandatum nihil esse (puta agentem id fateri) licet nihilominus agenti etiam sine mandato experiri. In quo [8] exceptæ sunt partim personæ quædam, quæ agunt; partim causæ, de quibus agitur. Personæ in hoc numero admissæ pro aliis, genere sunt sex: [9] liberi pro parentibus, etsi liberi sint in potestate: parentes pro liberis: fratres pro fratribus & sororibus: [10] affines pro affinibus:

8) Quos tamen tacitum habere mandatum præsumi, ex coniunctione, & affectione personarum, quæ facit ut nulli facilius, libentiusque non daturus credatur dominus, vult A. Fab. *ad L. 35. §. 1. & ad L. 40. §. ult. h. t.* Nec ideo tamen veri sunt Procuratores, vid. *infra C. 14. n. 4.* alias nec de rato caverent: Nec mandatum habent a lege, ut quidam, Io. Bapt. Leonell. *de Subrept. rescriptor. Q. 3. Artic.* 10. quia Lex agere tantum permittit, non mandat. Unde nec in statutis: nomine Procuratorum veniunt, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23 *n.* 9. Ac nec sententia pro iis dicta prodest, nec adversa nocet domino litis *L. 7. C. de reb. cred.* nisi ratum habeat ita, ut *N. preced.* Quin immo necesse est ut tanquam coniunctus aliquis horum interveniat. Nam si ut Procurator, nihilominus exigi mandatum poterit. Quare forma comparationis animadvertenda, si recte Sichard. *in L. 12. C. h. t. n. 14.*

9) Non tamen naturales, contra quam vult Peck. *de Iure sist. C. 3. n. 4.* quia, iure civili, ut liberi non considerantur; Procuratio vero officium civile *L. 2. de R. I.* Minus spurii, vel incestuosi, Sich. *in L. 12. C. h. t. n. 13.* Rosbach. *Process. Tit. 14. n. 7.* Filiusfamilias autem sine mandato patris in omnibus caussis, vid. Sc. Gentil. *de Bon. matern. C. 26. p. 173. & seq.*

10) Puto proximos solum significari, puta soceros, generos, vitricos, & sororios. Quia enim cognatorum, qui sunt ultra fratres *in d. L. 35. pr.* nulla mentio, ius vero hoc singulare, extra personas non trahendum, consequitur eodem gradu admitti affines, quo cognati. Tantum vero abest, ut transversales ad decimum usque gradum, quousque porrigi successio creditur, admitti cum Sich. *ad d. L. 12. n. 6.* Rosbach. *Process. C. 14. n. 3.* statuam; ut ne quidem ad quartum usque gradum, cum Chil. Konig. *Process. Tit. de Excusat. & defens. p.* 186. aut tertium, ut statuta Hamburgens. *P. 1. tit. 10. artic.* 1. audiri putem, nullis hanc facultatem, nisi quibus ipsa legis verba dant, tribuendam censens, cum fratrum appellatio propria, agnatos, cognatosque ulteriores non complectatur, Goth. *de Tutelis Elect. Lib. 3. pag.* 52. Tametsi contraria sententia a plerisque omnibus recepta sit, ita tamen, ut multi, iudicis arbitrio, pro more regionum, definiendum, quis hic coniunctus habendus, relinquant, vid. Ioan. Monach. *Pract. iudi. P. 6. C. 4. n. 10. & seqq.* Unde DD. contentio an hoc ius obtineat in amico, non levi notitia coniuncto. Quod etsi negent Peregrin. Iannin. *de Citat. reali Lib. 3. C. 3. n. 1.* Chil Konig. *Process. P. 1 Tit. de Excusat. p.* 187. & 191. Gail. 2. *de Pa. publ.* 10 *n* 28. & 1. *Obs.* 133. *n.* 2. adversam opinionem usu reprobari scribens, & Gifan. *ad L. 35. pr. h. t. n. 4.* arg *L. 20. de neg gest.* ac communem esse testatur Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 13. *n.* 7. Admisso tamen illo præsupposito, de cognatis ad decimum vel saltem ad quartum gradum admittendis, omnino affirmandum foret cum Sich. *in L. 12. C. h. t. n.* 7. Tiraq. *in L. 8. C. de revoc. don. v. libertis n.* 102. & *de pæn. temper. Cap. 22. n. 34. & seqq.* Vasq. *d. n.* 7. P. Peck. *de Iure sist. C. 3. n.* 8. Rosbach. *d. Tit.* 14 *& seqq.* Quia certe amicitia interior, præferenda coniunctioni sanguinis, & affinitati remotiori, non tantum ex Philosophorum, Cic. 1. *Off. & in Lælio.* Valer. *Lib. 4. C. 7.* pulchre Fr. Petrarcha *Lib. 1. de Remed. utriusque fortunæ Dial.* 52. sed & nostrorum sententia *L. pon. pr. D. L. cum allegas 4. C. de castr. pecul.* scite Decian. 3. *Tract. crim.* 5. *n.* 13. Tiraq. *de Pæn. Cap. 22. n.* 44. Et quis neget maiorem esse plerumque, affectionem erga familiarem intimum, quam erga cognatos, nimis remoto gradu iunctos, quos multi plurimos quandoque habent invisos, & ignotos. Quare prior sane sententia absolute verior: posterior vero hæc ex prædicta hypothesi utriusque opinionis assertorum probabilior. Plane & in coniunctis exceptionem tradunt; nisi contra coniunctum in pari gradu agant, P. Gregor. 49. *Synt. 4. n.* 8. Et si plures concurrant, coniunctiores præferendi, per *L. 5. § 5. de his qui deiic.* Sich. *ad d. L. 12. n.* 12. Konig. *d. T. p* 186. vel, si omnes æquales, idoneior arg. *C. 6. §. ult. h. t. in 6* Canonicum quoque, ceu coniunctam personam, pro ecclesia sua audiri, per *C. ceram 34. & ibi not. de of. deleg.* vult. Bover *Singul. 26. n.* 18. Et generaliter Clericos, ac monachos in caussis ecclesiæ, vel monasterii sui, sine mandato admittit, per *Cap. 14. de censib. C. 4. de confirm. utili vel inutil.*

Ayrer.

bus: liberti pro patrono: [11] maritus pro uxore, hoc officium exigente partim pietate & coniunctione personarum, partim obsequio his debito, quorum nomine agitur. De prioribus quoque est in *d. L. sed & hæ*, in princ. *D. de proc.* de marito est in *L. maritus, C. eod.* Non numeravimus in his fœminas, ut diceremus filiam pro parente, matrem pro liberis, sororem pro fratre, uxorem pro marito sine mandato agere posse. Effectum est enim supra fœminas conditione personæ in totum ab hoc officio etiamsi mandatum habeant, excludi. In quo tamen illam exceptionem tenere oportet, quam ibi adieci, nisi iusta caussa sit, quæ fœminas hic admittat. Ex causa admitti filiam pro parente, matrem pro liberis, uxorem pro marito. Admittendi autem causam hanc esse, si parentes, liberos, maritum necessitas aliqua impediat, quominus per se agant, & nemo sit qui eorum nomine experiatur. *arg. in L. fœminas, D. de procur.* Sed & hæ & superiores personæ omnes sine mandato agentes duabus conditionibus admittuntur. Una est, si modo non aperte [12] repugnet eorum quorum nomine interveniunt, voluntas; adversus quam si evidens sit quemquam experiri, nemo omnino audiendus est. *L. Pomponius, §. ult. D. de procur.* Sic enim fit, ut certum esse incipiat eum qui alieno nomine agit, nullam omnino actionem habere, neque propriam, neque mandatam: sine quo nullum agenti ius est cogendi adversarium ad iudicium suscipiendum, ut supra dixi. Quo loco notandum est, parentis, & cæterorum, quorum nomine agitur contrariam voluntatem non tantum tunc intelligi, cum nominatim suo nomine agi vetant in hac aut illa caussa; sed etiam tunc, cum de certa re exigenda specialiter mandatum intervenit, & supra scriptæ personæ agunt de alia. Speciale mandatum sic accipitur, quasi eius causæ solius quæ expressa est, mandata sit actio: cæterarum omnium interdicta. Quod sub persona mariti confirmatur in *L. maritus, C. de proc.* hoc modo. Maritum constat de rebus uxoris agere posse citra mandatum. Hoc ita, si maritus nullum mandatum acceperit ab uxore de re aliqua. *Sin autem*, ait lex, *mandatum susceperit; licet maritus sit, id solum exsequi debet, quod procuratio emissa præscripserit.* Non alia de causa, inquam, quam quod certæ rei procura-

Ayrer. *Processf. P. 1. L. 5. Obs 2. n.* 32. Sed & magistratum pro civitate, & subditis ita recte experiri vult Wursmf. *Tit.* 5. *Obs.* 18. *n.* 6. Quod ita admittit Gail. 1. *Obs.* 125. si ipsius domini aliquo modo, saltem in consequentiam, intersit, ut si alius ab iis collectas exigat, in agricolatione turbet &c. Neque nimis generale illud, quod interest domini, subditos habere locupletiores, hic attendi. Denique socios inter se invicem, habere tacitum mandatum a lege, vult. *Glos. in L. nemo* 68. *pro soc.* de quo Trentacinq. 2. *Pract. Resol. T. de Proc. Resol.* 8. hoc declarans *n.* 2. circa ea scilicet circa quæ expresse contracta societas, non quoad alia.

11) De quo, ratione bonorum, hæc vulgaria distinctio est. Aut agit maritus de dotalibus, & nec cautio rati exigitur; Idemque ius in paraphernalibus, per *L. ult. Cod. de pact. convent.* Aut de aliis, quæ sibi peculiaria uxor retinuit, receptitia vocant, & tunc satisdatio solemnis requiritur. Atque ita restringunt *d. L.* 21. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 2. Bus. *ad L.* 35. *D. h. t. n.* 2. Myns. 1. *Obs.* 53. Gail. 1. *Obs.* 133. *n.* 7. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 7. Bronch. 1. *Misc. Ass.* 27. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 42 Sed illam distinctionem, ceu absurdam, reprobat Gifan. *ad d. L.* 21. *C. h. t. n.* 4. *& seqq.* volens immo receptitia, non alia esse, a paraphernis, nec recte tria rerum uxoris genera statui. Sic enim Agell. 17. *Noct.* 6. docet receptitia nuncupata, quæ doti, non data, sed retenta, vid. Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 39. Anton. Hotom. *de Veter. rit. nupt. C.* 8. Quanquam & Cuiac. *ad tit.* 6. *Ulpian.* diversa censet parapherna, quæ extra dotem ad virum delata, & receptitia quæ non delata. Ut ut sit *d. L.* 21. indistincte de rebus uxoris loquens, ad hasce angustias rem cogi non sinit. Plane in dotalibus, nec mandatum, nec cautionem exigi nihil verius, sed id inde, quia illarum dominus est maritus, maxime quoad actiones movendas *L.* 9. *C. de R. U.* atque ita agit nomine suo; nullus autem rei suæ Procurator. Quare incaute Mynsing. *d. Obs.* 53. *n.* 3. si in illis mandatum recipiat maritus, amplius non posse eum sine mandato agere, & Trentacinq. 2. *Practit. Resolut. hoc tit. Resolut.* 5. *n.* 10. non cavere pro dotalibus si suo; cavere si uxoris nomine experiatur. Nam imo nomine uxoris de his agere nequit per definitionem procuratoris. Ad *d. L. ultim.* respon. Gifan. *d. loc. n.* 8. esse specialem casum in nominibus, seu cautionibus fœneratitiis. Apparere id (a) quia marito usuræ ex hisce cedunt. (a) Quia uxori hypotheca in bonis mariti, ob pecunias his cautionibus debitas extitas; quæ aliena a natura paraphernorum, quorum utilitas omnis uxoris. Aliter Zobel. *P* 2. *Diff* a *iur civ. & sax* 25. *n.* 5 post alios quos refert, ipsa traditione instrumentorum, in *d. L. ult.* concessum esse mandatum ad agendum, & Alciat. *Reg.* 1. *Præsumpt.* 33. Castillo *Contr. quotid Cap* 23. *n.* 32. add. Peregrin. Iannin. *Lib.* 3 *de Citat. reali C.* 16. Sic & Trentacinq *d. n* 10. in paraphernis requiri mandatum; sed id vel expressum, vel tacitum, ut si maritus habeat instrumenta facientia ad caussam, atque, tunc non cavere eum de rato, scribit, si probet consignationem sibi, ab uxore factam, sin minus cavere. Ad hoc vero ut sine mandato ita admittatur, requirunt, ut agat tanquam maritus, & legitimus administrator; alias, si ut Procurator, exhibere mandatum teneri, quia sibi imputet, quod hanc viam elegerit. Myns. *d. Obs.* 53. *n* 6. Trentacinq. *d. Resol.* 5. *n.* 8. ubi *n.* 3. *&* 7 idem iuris esse in sponso de præsenti, nec admitti sponsum de futuro, ac requiri hanc coniunctionem tempore actus celebrati, nec prodesse si postea maritus effectus fuerit. Iure Saxonico, etsi cautio quoque rati a marito non exigenda videatur, tum quia eo iure legitimus est curator uxoris suæ. Ergo per *L.* 23. *de adm. tut.* tum quia totorum uxoris bonorum administratio, & usufructus ipsius. Sanxit tamen Elector Augustus *Nov. sua* 15. *P.* 2. nomine uxorum agere, vel defendere volentes, non, nisi exhibito mandato, vel cautione rati præstita, audiendos. Qua de re, & quis modus uxori maritum a satisdatione immunem præstandi, vid. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 38. *& seqq.*

12) Duar. *h. t. C.* 7. Quare habens mandatum, etsi generale, præfertur coniuncto, quia illud plus operatur, quam coniunctio, per *L.* 3. §. 3. iunct. præced. *iud. solvi* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 9. Sicuti & in casibus, qui speciale mandatum exigunt, non auditur *L.* 27. *pr. de min.* Fr. de Caldas *ad L.* 3. *C. de in int. rest. in definit. v. implorandum n.* 8. Covar. 1. *Var Resol.* 6. *n.* 5. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 12. Nicol. Anton. Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 3. *C.* 4. Chil. Konig. *P.* 1. *pag.* 187. Rosbach. *Processf. Tit.* 14. *n.* 12. Etsi dominus litis propinquo in loco degat, exquiri eius voluntatem debere, vult Hippol. de Marsil. *Singul.* 128. *n.* 2. arg. *L.* 43. §. 3. *h. t.*

curatio emissa procurationi modum fecit, in hac re procurationem ita concedens, ut in cæteris adimat. Quod ni esset hæc sententia mandantis, licebat generaliter concedere marito omnia. Quod si certius, aliquid quærimus; qui specialiter mandat certæ rei actionem, is ex omnibus rebus de quibus citra domini voluntatem agere non licet, unam eam excipere intelligitur de qua agere concedit. Unam excipiens non potest non videri in cæteris contrariam voluntatem confirmasse. *L. quæsitum*, *§. idem respondit domo instructa*, *D. de instr. vel inst. leg.* Altera conditio est, si superiores personæ, quas ad agendum sine mandato admittimus [13] satisdent, dominum cuius nomine agunt, ratum habiturum, eumque boni viri arbitratu defendant, quo adversario cautum sit: de quibus cautionibus dicetur postea sequenti capite. *L. Pomponius*, *§. ult. L. sed & hæ*, in pr. *D. de proc. L. si cum dotem*, *§. si pater*, *§. si soluto*, *D. sol. matr.*

XI. Caussarum genera, in quibus actio alieno nomine agenti admissa est sine mandato, duo sunt. Unum est negotii communis plurium sociorum, cuius nomine omnes iudicio egerint, & [14] litem contestati sint, ut sic consortes eiusdem litis efficerentur. Hic placet, si unus postea abesse cœperit, posse cæteros absentis nomine agere & litem persequi, quanvis nihil his mandatum esse constet: dummodo ea præstent adversario, quæ ab omni actore in dubia præsertim absentis voluntate exiguntur; ut satisdent absentem dominum rem ratam habiturum, & si quid reus petit ab absente eum defendant, enque nomine satisdent iudicatum solvi: de hac specie cautum est in *L. ult. C. de consort. eiusd. lit.* Quod in hac specie receptum est iustis de caussis. Nam si caussam in commune agendi spectamus, hæc agentibus necessaria est. Non enim possunt præsentes caussam suam ex parte agere, nisi agant & nomine absentis: quoniam caussa connexa est, cuius tractatio sine incommodo distrahi non potest, ut declaratur in *L. 3. D. fa. ercis.* Quod si etiam voluntatem absentis exigimus, prope est, ut existimari absens debeat rem totam per eos qui præsentes sunt, agi velle. Quod enim litem cum cæteris contestatus est, declarat eum rem iudicio velle persequi, & ad finem perducere, Idque ita fieri eius interest. Quod autem illi periculum in lite cum cæteris præsentibus commune est, & victoriæ commodum item commune, facit, ut maxime intelligatur velle iis partis suæ actionem committi, quos existimat propter communionem periculi rem ex fide administraturos. Postremo actio absentis nomine caret iniuria, posteaquam idoneis cautionibus prospicitur reo.

XII. Alterum genus caussæ est, cum qui alieno nomine erat in possessione fundi aut ædium, puta colonus, Inquilinus, amicus, hospes; is deiectus est de possessione. Ex hac deiectione nullum est interdictum, nulla actio deiecto suo nomine. Interdictum namque unde vi omnisque ex ea caussa actio proposita est ei, qui cum possideret deiectus est. *L. 1. §. deiicitur*, *D. unde vi.* Superiores autem non possident. *§. possidere*, *Inst. de interd.* unde & colono deiecto denegatur hnc interdictum nominatim in *L. ult. D. unde vi.* Restat igitur, ut si superiores deiecti

13) *L. 8. pr. de neg. gest.* Quam cautionem exigi vult Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 6. etsi sciente ac patiente domino egerint, quia tacent, in hac materia, non est pro consentiente *L.* 8. *§.* 1. *h. t.* Ex nec filius patri litigando præiudicat, nisi is ratum habeat *L.* 7. C. *de reb. cred.* Non vero exigitur eadem, si pro suo iure, & interesse interveniant, Chil. Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 188. Quare pater de adventitiis filiorum agens, ceu legitimus administrator, non satisdat P. Fab. *ad L.* 156. *de R. I. pag.* 639. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. P.* 2. *n.* 67. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 44.

14) Ita *d. L. ult.* verba *post litem ordinatam* exponunt Sich. *ibid.* Pac. 2. *Enant. Q.* 44. Trent. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. *n.* 3. quia ante litem contestatam, nec vere sunt consortes, cum nec lis dicatur, sed controversia; & consentiunt Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 6. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 22. *n.* 3. Dissent. Cuiac. *in Par. C. d. t.* P. Fiider. 3. *de Process. extrab.* 16. *Membro* 12. & A. Fab. *ad L.* 40. *§.* 3. *h. t.* volentes ordinatam litem aliam esse a contestata, ac dici ordinatam, per præparatoria *L.* 24 *pr. D. L.* 14. *C. d. liber. cau.* Quod ordinare, sit præparare personam actoris, rei, & iudicis, ac se præmunire *L.* 8. *§.* 1. *de inoff. test. L.* 20. *de probat.* Alias cautioni de rato non esse locus, quippe exigendæ ante litem contestatam *d. L.* 40. *§.* 3. Ad quod resp. Pac. *d. loc.* species esse multum diversas. In *d. §.* 3. de extraneo Procuratore, *d. L. ult.* de consorte litis. Illic non quæri, an possit cavere de rato Procurator post litem contestatam, sed an cogatur. Quod ideo negatur, quia post eam dominus litis effectus. Hic vero consors nondum admissus fuerat, tempore iudicii accepti, pro parte consortis, sed tantum pro sua. Et Sich. *in d. L. ult. n.* 3. *&* 4. resp. hic dilatoriam exceptionem post iudicium acceptum originem sumpsisse; ideoque quin opponi possit, nihil impedire. Plane, in caussis circa rem individuam, posse unumquemque agere & defendere initio in solidum, statuit Trentacinq. *d. Resol.* 7. *n.* 1. *&* 2. *per L.* 4. *D. si ex nox. ca. L.* 4. *§.* 3. *si ser. vind.* scilicet respectu iuris in iudicium deducendi, non respectu præiudicii generandi consorti absenti, ac ita sententia prosit illi, non noceat *d. L.* 4. *§.* 3. *L.* 71. *§. ult. in fin. de cond. & dem. L.* 17. *§. pen. de adult.* Quid si caussa requirat speciale mandatum? Non admitti consortem, plures volunt, cum nec coniunctus recipiatur, ut *supra N.* 12. cui tamen maior potestas, cum & audiatur, lite a domino non contestata Covar. 1. *Var. Resol.* 6. *n.* 6. Contra alii, quos laudat Trentac. *d. loc. n.* 10. quia cum lis contestata, videntur & de hoc casu speciali cogitasse, & agitur hic de communi commodo, & damno. Plane in criminalibus non admitti, verius est, vid. *supra C.* 10. *N.* 5. vers. *neque in consorte*. Quid si inhabilis ad agendum? Ita distinguit Trentac. *ibid. n.* 12. In individuis admittitur, quia habilitatur pro parte sua, etiam pro parte consortium, ratione connexitatis. In dividuis secus, quia ea ratio connexitatis cessat.

deiecti restitui in possessionem velint, agant interdicto nomine domini, cuius & nomine possidebant. At id facere non possunt secundum regulas communes sine mandato. Et res ita habet, sed hic haec caussa excepta est. In qua concessum est superioribus omnibus personis agere nomine absentis domini ut restituantur in possessionem, idque & sine mandato, atque adeo sine ulla cautione. Nam & [15] servis deiectis haec eadem postulatio concessa est; quos tamen constat caventes iure civili non obligari. *L. servi*, *D. de obl. & act.* De hac specie cautum in *L. 1. C. si per vim vel al. mod.* In quo & de mandato non requirendo, & de servis ad istam postulationem admittendis ius singulare constitutum esse apparet, utrumque propter vim hic adhibitam, quam placuit isto modo coerceri.

XIII. Postquam his personis & caussis exceptis mandatum ad agendum requirimus, interdum etiam & ad defendendum: sequitur videamus, cuius ius mandatum esse placeat. Certorum enim id esse debere constat: cum plusquam absurdum sit dici cuiusvis mandatum sufficere, cui forte in caussa nihilo plus iuris esset, quam ei qui in alieno nomine experitur. Nempe eorum mandatum exigimus, qui mandandae actionis ius habent. Hanc suo iure recte mandant duo: lex, & dominus litis. Legem mandare posse actiones nostras alii exercendas, si velit, nulla dubitatio est. Est enim lex rerum nostrarum non conservatrix tantum, sed & domina quaedam, cui omnes in civitate parere oportet. *L. 2. D. de legib.* Solum hoc potest dubitari, an lex mandet cuiquam sine domini voluntate. Et constat mandare non pro imperio, sed utilitate privatorum dominorum ita exigente. Mandat nimirum tutoribus & curatoribus. Nam si tutela est potestas libera tuendi administrandique res pupillares iure civili data atque permissa, ut est definitio tutelae, *Inst. de tut.* in prin. haud dubie cum hanc administrationem lex dedit, etiam nomine pupillorum agendi exigendique potestatem dedit: siquidem haec exactio illius administrationis pars est. Eademque ratio est curatorum. Idque ita acceptum est, itaque placet tutores & curatores non exspectata voluntate pupillorum aut adolescentium suorum ultro eorum nomine agere posse, agentes rem in iudicium deducere tanquam dominos, ita ut nec cautio rem ratam dominos habituros ab illis exigatur. *L. 1. §. ult. L. vulgo, 23. D. de adm. tut.* An ergo admittuntur sine mandato, contra quam licere supra definivimus? Immo & hoc ex mandato, non tamen dominorum privatorum, sed legis; quae rerum plenam administrationem superioribus committens, una cum administratione etiam actiones exercendas mandavit. Atque his solis alienas actiones lege mandari legimus.

XIV. Praeter legem solus est, qui recte mandet, [16] dominus litis: cuius ideo mandatum ad negotium agendum exigi dicitur in *L. licet*, *C. de proc.* Est autem dominus litis is, ad quem suo nomine pertinet ea actio, quae mandatur. Litis enim verbum actionem significat. *L. litis*, *D. de verb. sig.* Ac dominus actionis recte dicitur is, cuius actio propria est. Ea porro actio propria cuiusque definitur, cuius commodum aut incommodum ad eum suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria*, *D. quand. appell. sit.* Hunc ergo ultra legem qui mandet exigimus. Proinde alius si mandabit, nullum mandatum futurum est: & quod idem est, alius frustra dederit ad agendum procuratorem. Quod adeo verum est, ut placeat nec procuratores, atque adeo nec tutores, aut curatores ante litem contestatam procuratorem dare posse. *L. quod quis*, *C. de proc. L. nec civitatis*, *D. eod. L. neque. C. eod.*

XV. Atqui habent isti omnes actionem alieno nomine, & eam quam suo iure exerceant. Habent & tutores ac curatores hoc amplius, quod in actione pupillari exercenda, sicut & in reliqua administratione pro dominis habentur. *L. tutor qui tutelam. D. de adm. tut.* Sed habeant sane isti actionem sibi mandatam: etiam in ea actione pro dominis habeantur, domini tamen litis non sunt. Nam & alieno nomine agunt, & alienam actionem re vera exercent, cuius commodum aut incommodum ad ipsos suo nomine non pertinet. Nunc autem dominum litis in hoc mandato exigimus. Et merito isti in aliena actione procuratorem non dabunt. Nemo enim plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Actionem autem isti

15) Dissent. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 6. *n.* 30. putans, servos eo casu cavere de rato compelli, post *Gl. ibid.* & Bart. *n.* 7. Et sane etsi servus ipse civiliter obligari nequeat, fideiubentes tamen, pro eo efficaciter teneri possunt,

16) Qui vel Procuratorem initio dare potest, vel lite contestata, iudicium in eum transferre *L. 46. pr. D L.* 20. *C. h. t.* Iure vero Saxonico post litem contestatam constitui nequit *Lib. 2. Art.* 30. *Diff. iur. civ. & Sax.* 7. *n.* 6. *P.* 1. Coler. *Decis.* 139.

isti habent, sed mandatam, non propriam, de qua proinde non magis statuere possunt, quam de aliena re qualibet. Qua ratione etiam dictum est, nec eum iurisdictionem alii mandare posse, qui ipse habet mandatam. *L. ult. D. de off. eius cui mand. est iurisd.* Nihil ad rem pertinet, quod isti pro dominis habentur. Meminerimus enim semper hactenus eos pro dominis haberi, dum mandati iure utantur. Hactenus autem illis mandatum, & ex mandato hactenus eorum potestas est, ut [17] ipsi agant, non ut vice sua alium dent. Ita si alium dabunt, excedunt fines mandati: quod in mandato facere non licet. *L. 5. D. mand.* Potest quidem procurator, [18] qui aliena negotia administrat, eorum negotiorum administrationem alii mandare. *L. si procuratorem, §. 1. D. mand.* Sed hactenus, ut hac suscepta, qui mandavit habeat adversus eum qui suscepit, mandati actionem; quod inter consentientes conventione effici potest: non etiam ut is cui a priore procuratore mandatum est, possit petere ab invito id, quod procurator qui mandavit, poterat. Invito enim reo conventione sua nocere non potuerunt.

XVI. Sane tutoribus & curatoribus concessum est interdum non procuratorem, sed actorem constituere periculo suo. *L. decreto, D. de adm. tut. L. neque, C. de proc.* Sed utrum horum concedatur multum interest: estque inter istos harum rerum duarum differentia. Primum, quibus procuratorem dare licet, hi sua auctoritate dare possunt. Est enim procurator qui negotia administrat solo domini mandatu. At hunc actorem de quo loquimur, non licet tutori constituere nisi auctoritate magistratus. *d. L. decreto, de adm. tut.* Altera differentia, quod qui procuratorem suo iure dant, ut dant sua auctoritate, ita dare possunt pro arbitrio, sive ipsi agere possint, sive nolint. Actorem autem tutor constituere non potest nisi caussa cognita. Unde dicitur constitui [19] decreto magistratus. *d. L. decreto*, In quo plane inest hæc ipsa caussæ cognitio: est enim decernere, caussa cognita quid permittere. In caussæ cognitione hæc versantur; ut tutor administrare per se tutelam commode non possit; vel quia diffusa sint negotia; vel quia dignitas aut ætas, aut valetudo tutoris id postulet. *d. L. decreto*, Præterea ut pupilli fari non possint; aut qui fari possunt pupilli adultive, absint. Nam si præsentes sunt & fari possunt, possunt [20] tutore vel curatore interveniente constituere procuratorem. *d. L. de-*

17) Dantur enim tutores, ut per se negocia sibi commissa gerant, cum eorum industria sit electa, A. Fab. *ad L. 74. h. t.* Post litem vero contestatam, recte a tutore dari Procuratorem, non tantum, si ipse impeditus sit agere, sed & si nolit, vult Hartm. *Tit. 5. Obs. 6. n. 4.* Idem, quod de tutoribus, iuris esse in oeconomis, rerum ecclesiasticarum administratoribus, Syndicis & aliis defensoribus rerum publicarum, scribit Duaren. *h. t. C. 6.* Unde Gl. *in L. 11. C. h. t.* Episcopum, cum sit administrator ecclesiæ, non posse Procuratorem dare, æque uti tutor, cui similis sit. Sed a DD. omnibus notatur, teste Sich. *ibid. n. 8*, quia immo, ait, non est nudus administrator, sed propter usumfructum plus iuris habet. Et in rebus suæ ecclesiæ, est Procurator in rem suam. Sic & patrem, de adventitiis, in quibus usumfructum habet, recte constituere Procuratorem volunt, vid. Sich. *in d. L. 11. n. 9.* Pinel. *in L. 1. C. de bon. mat. P. 2. n. 66.*

18) Vulgo tradunt differentiam quod Procurator ad negocia, quandocunque substituat *d. L. 8. §. 3. C. 1. §. ult. h. t. in 6.* P. Greg. *49. Synt. 4. n. 6.* Wurmuser. *Tit. 5. Obs. 1.* Hartm. *Tit. 7. Obs. 3. n. 6.* nisi talia negotia, in quibus industria requiritur, & electa est, Rotbach. *Process. Tit. 19. n. 27.* Sic universale negociorum Procuratorem, non posse alium itidem generalem, substituere, Trentac. *2. Pract. Resol. h. t. Resol. 1. n. 26.* Et nisi negocia ardua, & maioris momenti, ut si datus ad matrimonium contrahendum *C. ult. h. t. in 6.* Ad lites vero datus non ante iudicium acceptum, nisi in rem suam datus *L. illam 33. C. de donat. C. 1. §. pen. h. t. in 6.* Quam unicam exceptionem iure civili proditam agnoscit Gifan. *ad L. 8. C. h. t. n. 4.* vel nisi substituendi alium, potestas concessa *d. C. 1. §. pen. & C. 3. h. t. in 6.* Quod iure civili receptum non videri, nullam tamen rationem hoc vetare, scribit Gifan. *ad L. 1. §. 1. h. t. n. 33.* quia ipse dominus mandans, videtur substituere per alium. Alius. de Albert. *Singul. 88.* Neque enim, data hac potestate, ex sua persona substituit Procurator, sed mandantis. Quæ res magni effectus. Nam substitutus cavet de rato, in personam non substituentis sed domini. Deinde mortuo substituente, etsi re integra, non expirat mandatum, vel substitutio, principali domino superstite, Sich. *ad L. 11. C. h. t. n. 4. & 5.* Ex eadem ratione, facto substituti non tenetur substituens, si culpa aliqua ei imputari nequeat, Vinc. de Franch. *Decis. 212.* Hinc & postquam substituit (posse autem etiam post sententiam ad appellandum, Achill. de Crassis *Decis. Rota 64.*) functus est officio suo, nec potest substitutum revocare, (modo is habilis sit, & acceptaverit, Tiraquell. *in L. boves §. hoc sermone de V. S. P. 7. limit. 6. n. 5.*) nisi & hoc ei concessum *C. 3. h. t. in 6.* Et nisi data potestas substituendi unum, vel plures. Tunc enim ea substitutione semel facta, Procurator non desinit, post alios Vinc. de Franch. *Decis. 465.* add. Nicol. Ant. Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib. 4. C. 5. lit. D.* Coniunctam quoque personam, ante litem contestatam alium substituere posse, statuit Trentac. *d. Resol. 3 n 16.* per *C. accedens 11. extr. h. t.* quo hoc non probatur, & recte reprobat Gifan. *ad L. 8. C. h. t. n. 4* Ibidem Trentac. *n. 17.* si substituto ante litem contestatam oppositum non fuerit, postea non posse reiici, quia hæc exceptio dilatoria.

19) *L. un. C. de act. a tut. dand.* vid. Gail. *2. Obser. 107.* Myns. *2. Obs. 38.* & confer. Petr. de Vineis *Lib. 5. Epist 50.* Et harum constitutionis duo modi, (1) a tutore, qui postea adit iudicem, ut confirmet (2) a Iudice constituente per decretum, petente tutore. Qui modus tutior, cum ille actor caveat, tutorem ratum habiturum; hic ipsum pupillum, vid. Sich. *in L. 11. C. h. t. n. 6.* Hartm. *Tit. 5. Obser. 6. n. 2.* Et hic necesse est, ut una cum actorio exhibeat documentum legitime dati, vel constituti tutoris, vulgo tutorium, vel curatorium appellant Gail. *d. Obs. 107. n. 1.* Wes. *Consil. 35. n. 2.* Zang. *de Exc. P. 2. C. 8. n. 13.* Vult. *ad tit. Inst. de iis per quos ag. n. 12.* Et finita tutela, actorium cessat. Sich. *in d. L. 11. n. 6.*

20) Duar. *h. t. C. 6* Myns. *2. Obs. 38* Idem est in minore *d. L. 11. & L. 14. C. h. t.* Nec tantum, si iam ante curatorem habeat, sed & si eo careat. Cum enim suo ipse nomine experiri nequeat, nec liti suæ Procuratorem solus constituere poterit, præterquam in casibus quibus sine curatore recte agit, ut in caussa matrimoniali & spirituali, P. Greg. *49. Synt. 4. n. 4.* Monach. *Pract. ind. P. 6. C. 3. n. 6.* Sed & in caussis aliis si dederit, ac admissus, sententia secundum eum dicta, valida est *d. L. 14. ubi ratio.*

L. decreto, *de adm. tut.* iuncta *L. neque*, *C. de procur.*

XVII. Sed ut alius quam dominus litis mandare actionem & alium procuratorem dare non potest: ita quisquis est dominus litis, idest actionis, quam & suo nomine exercere possit; in ea lite recte procuratorem dederit, &, quod nunc quæritur, recte alii mandabit actionem. *d. L. licet*, *de procur.* Nec interest privatus sit, an universitas, cuius nomine agitur. In privatis exemplum illustre præbent [21] filiisfamilias & servus, de quibus supra quoque diximus. Hi cum alias minimum possunt propter alienam potestatem, cui subiiciuntur, nihilominus quocunque nomine agere, & consistere in iudicio possunt, placet eos in ea caussa procuratorem dare posse: utpote hactenus litis & actionis dominos. *L. filiusfamilias*, in pr. *L. servum*, in pr. *D. de procur.* Nec minus hoc idem valet in universitatibus omnibus; ut civitatibus, & municipiis, & aliis corporibus minoribus; puta societatibus, sodaliciis, collegiis: de quibus hoc idem traditum est, quod de privatis, sub *Tit. D. quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur:* cui hic locum assignari oportet. Estque eius tituli hæc summa: ut civitates & municipia; sic corpora omnia licita, ut societates publicanorum, collegia quæ in unaquaque civitate aut alibi iure constituta habentur, res communes, & aream communem habere posse: quarum nomine & agant, & conveniri possint. *L.* 1. in princ. & §. 1. *D. eod. tit.* Et si quidem universitas ad unum redierit: posse eum per se & convenire & conveniri: *cum ius omnium*, inquit Ulpianus, *in unum redierit*, & *stet nomen universitatis*, ut est in *L. sicut*, §. *ult. D. eod.* nempe tum, cum ab initio fuit universitas, quæ ex eventu in unum recidit. Nam alioqui ab initio non minus quam tres faciunt collegium. *L. Neratius*, *D. de verb. sign.* Quod si adhuc manet universitas, quoniam per se ista corpora agere aut defendi non possint, cum unum actorem aut defensorem esse oporteat, ista autem pluribus & diversis personis constent, eo necesse esse agere ipsa per alios & defendi. Ad eam rem his potestatem datam eamdem, quæ privatis, actores & defensores sibi constituendi. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. eod.*

XVIII. Solum in his corporibus videndum, quomodo & per quos recte dentur, qui universitatis nomine agant: in quo hæc quoque summa est iuris de hac re eo titulo expositi. In societatibus, & collegiis, cæterisque corporibus aliis, quam civitatibus, nusquam ibi traditur alios actorem horum corporum constituere posse, quam ipsa corpora: solum hoc proprie servari legimus in civitatibus. *L.* 3. *D. eod.* Ex quo intelligimus collegium & similia corpora ipsa sibi constituere actorem. Sed & in his cum de re omnium communi agatur, utilitas singulorum exigere videtur, ut omnes qui sunt ex eo corpore, conveniant, consentiantque in eum, quem communem actorem esse volumus. Si qui autem non consenserunt, is eorum actor procuratorve non erit. Nam iuxta regulam iuris, *quod omnes tangit*, *ab omnibus debet probari*, C. quod omnes, *de reg. iur. in* 6.

XIX. In civitatibus cum difficile sit in tanta frequentia & varietate civium, quanta esse solet in civitatibus, omnes cives cogi ad actorem aut syndicum constituendum, & præterea in re ad civitatem pertinente, de republica agatur, non de privata singulorum: *L. sicut*, §. 1. *quod cuiusc. univ. nom. L. in tantum*, §. 1. *D. de rer. divis.* res eo deducta est, ut actor civitatis sit is, non quem civitas, sed quem pro civitate lex, aut ordo dedit: neque alii nomine civitatis vel curiæ agere permittitur. *L.* 3. *D. eod.* Legem hic accipere debemus legem municipii, quæ de actore civitatis cavet, sive ea scripta lex est, sive municipii consuetudo in hac re usurpata, ut indicatur in *L. item*, in prin. *D. eod.* Ordinem autem intelligimus, ordinem decurionum, cui ordini res ad rempublicam pertinentes tractandæ permissæ sunt, ut declaratur in *ead. L. item*, §. 1. & *titu. D. de dec. ab ord. fac.* Lex actorem aut syndicum dat, si exempli gratia ita lex sit: qui primus erit ex decurionibus, aut contra qui postremus, is syn-

tio. Quin & si pars sententiæ pro minore, pars contra eum, ut fieri potest in duplicibus iudiciis, illam ex parte una sustineri vult Sich *ad d. L.* 14. *n.* 1. Fœmina quoque, cum iure Saxonico sine curatore in iudicio esse nequeat, nec Procuratorem constituere potest, adeo ut nec, quæ a Procuratore, a fœmina, propria auctoritate, dato, gesta ratihabitione curatoris, confirmari posse, censeat Moller. 1. *Semestr.* 18.

21) Etiam mutus & surdus *L.* 43. *pr. h. t.* quia consensus, nutu significari potest, & per scripturam, si litteras calleat. Et hoc itaque intelligendum, de eo qui casu utroque sensu privatus, vel a natura alterutro, vid. Ant. Fab. *ad d. L.* 43. *pr.* & confer. *supra Lib.* 6. *Cap* 5. *N.* 17. Sic accipiendus Monach. *Pract. iud. P.* 6. *C.* 3. *n.* 2. mutuum & surdum referens inter eos, qui Procuratorem dare nequeunt. Cæterum qui, & quibus casibus, inhabiles sunt ad agendum, iidem ad Procuratorem constituendum, Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 26. Quæ cum, ex dictis *supra Lib* 17. *C.* 4. huc transferri possint, hic repetere nihil attinet.

ſyndicus civitatis eſto. Cuiuſmodi lex aliqua cum exſtabit, nihil quærendum eſt amplius. Non enim quæremus, quis datus ſit, cum lex certum deſignet. Multo minus, an recte ſit datus; cum lex dederit, cuius eſt imperare; vis ea, ut imperanti parere oporteat. *L. legis*, *L.* 2. *D. de legib.*

XX. Non eadem certitudo in ea datione, quæ ab ordine decurionum proficiſcitur; ut quis dicat, cum audimus ordinem dare poſse actorem nomine civitatis, hic nihil amplius quærendum eſſe. Nam in iis qui dant, poteſt hæc eſse varietas, ut alias univerſus ordo aliquem det; alias maior pars cæteris abſentibus, aut diſsentientibus. In eo qui datur, poteſt hæc eſſe, ut aut detur quis ad unam certam cauſſam; aut etiam ad omnes quæcunque inciderint poſtea. Sed & dandi modus non unus. Poteſt enim certus quis actor ab ordine deſignari: poteſt etiam ita dari, ut dicat ordo ſe eum dare, quem duumviri elegerint. In quibus omnibus quid liceat, neceſſario quærendum eſt. Ac de his breviter ſic habendum, quæ ſumma eodem illo titulo, *Quod cuiuſcunque univerſitatis*, indicatur. Si de ordine quæritur, placet ordinem dediſſe videri, non ſi omnes dederint, qui ſunt in eo ordine, neque rurſum ſi maior pars eorum: ſed ſi dederint plures partes ordinis: puta ſi ex tribus duæ partes dederint. *L.* 3. *D. eod. L. nominationum*, *C. de decur. lib.* 10. ut, ſi in ordine ſint quindecim decuriones, & novem aliquem actorem dederint: recte quidem dicetur maiorem partem decurionum dediſſe. Sed non ideo actor recte datus eſt: quia duas partes ut minimum requirimus, puta ex ſuperiore numero decuriones decem, aut amplius.

XXI. In pluribus iudicibus & arbitris hoc ſervatur, ut ei ſententiæ ſtetur, quam maior pars iudicum dixerit. *L. item, ſi unus*, *§. penal.* & *§. ult. D. de recep. L. duo ex tribus*, *D. de re iud.* Hoc ideo, quia iudices dantur, ſumunturve per ſe ſinguli, neque inter ſe ita coniunguntur, ut unum corpus efficiant: ut proinde ſingulos per ſe ſpectari oporteat. Ordo autem decurionum ita conſtituitur, ut ſit eorum corpus unum, quo reſpublica utatur: cuius corporis partes ideo ſpectandæ ſunt. Huius autem corporis partes ſunt non ſinguli decuriones, ſed decurionum, ideſt, univerſitatis eius pars dimidia, tertia, quarta, quinta, & ita deinceps. Sed & hoc ſervatur in his duabus partibus ordinis, ut poſſint hæ actorem dare etiam cæteris decurionibus abſentibus. *d. L. nominationum*, *C. de decur. lib.* 10. Dum tamen hoc moneamur, decuriones omnes prius in curiam convocari debere. *L.* 2. *C. eod.* Quod & ipſum aliter in pluribus iudicibus & arbitris obſervatur, in quibus ita ratum eſt, id, in quod plures conſenſerint, ſi modo id fiat reliquis præſentibus. Alioqui duo ex tribus etſi conſentiant uno abſente iudicare non poſſunt; & quod iudicaverint, non valebit, ſcilicet quia ita dati ſumtive ſunt iudices, ut omnes iudicarent. *d. L. duo ex tribus*, *D. de re iud. d. L. item ſi unus*, *§. ult. D de recept.* Quod contra fit in ordine decurionum: qui quoniam ideo conſtituitur, ut ea quæ a civibus cum civitate geruntur, ſua præſentia & auctoritate firmare poſſunt, & ita publicis commodis expediendis ſufficere; conſultum viſum eſt ſic eum conſtitui, ut fiat, quod explicatur in *d. L. nominationum*, *C. de decur.* nempe ut duæ partes ordinis in urbe poſitæ totius curiæ inſtar exhibeant: ne paucorum abſentia ſive neceſſaria, ſive fortuita, debilitet quod a maiore parte ordinis ſalubriter conſtitutum eſt; atque hoc modo fiat videlicet, ut impediat commoda publica, quorum cauſſa ordo conſtitutus erat. Sed quomodo dici poteſt ordo dediſſe, cum totus ordo non dedit? Non ſane ſignificatione verbi, ſed conſtituentis ſententia, dum ita placet, ut modo dixi, ut negotiorum publicorum expediendorum cauſſa duæ partes ordinis in urbe poſitæ totius curiæ inſtar exhibeant: *d. L. nominationum*. Sed cum duæ partes ordinis tantum erunt, hoc exigemus, ut omnes conſentiant, & dent actorem eum de quo quæritur: quo dici poſſit id quod eſt in *d. L. nominationum*, quod ab his conſtitutum eſt, ideo valere, quia eſt a maiore parte non duarum partium, ſed totius ordinis conſtitutum.

XXII. Inter actores civitatis, qui dantur ab ordine, [22] quidam ſunt qui vocantur

22) Ita & Wurmſer. *Tit.* 4. *Obſ.* 2. P. Greg. 49. *Synt.* 5. *n.* 1. Actor, ait, in certo genere cauſſarum, defenſor univerſitatis, Syndicus in univerſis. Sed hæc diſtinctio confunditur, ut *C. un. ext. de Syndico*. Sic Syndici ab Athenienſibus creati meminit Demoſth. *pro Cteſiph. & pro Corona* & P. Gregor. *d. Cap.* 5. *n.* 3. Tametſi Æſchilo, Syndici conſortes litis *οἷς ἴσου μέτεστιν, ἐν τῇ δίκῃ τῆς αἰτίας* Cuiac. *in Par. C. de conſort. litis*, & Suidæ ac aliis plures cauſſidici, vel Procuratores, Alciat. 1. *Parerg.* 5. vocantur apocriſarii *Nov.* 6. *C.* 2. *ſub fin.* Syndicum adminiſtratorem civitatis vocat Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Procur. Reſol.* 1. *n.* 2. qui habeat adminiſtrationem cum libera, ſi datus ab univerſitate, quæ territorium habet, non ſi ab alia, veluti academia &c. Sed recte Giſan. *ad Rub. D. de Procur. n.* 32. *ſeq.* alios a Syndicis eſſe Curatores civitatis, ſeu adminiſtratores rerum civitatis,

tur nostris syndici, quidam actores tantum. Syndici dicuntur actores quidem civitatis; sed cæteras ad omnes civitatis caussas tam præsentes quam futuras constituti. Actor autem civitatis proprie, qui ad certam caussam movendam ab ordine datus est. Sic hæc distinguuntur in *L. ult. §. defensores, D. de muner. & honor.* nec dissimilis significatio est in *L. item, §. 1. quod cuiusf. universf. nom.* In his dandis ordinis hæc potestas est. Sicubi ex constitutione syndici habentur, licet ordini cessante lege hos constituere, per quos non una aliqua caussa præsens, sed quæcumque controversia incidet postea, explicetur. Quod si loci consuetudo non usurpabit syndicos, licet ordini dare tantum actorem ad certas & præsentes caussas.

XXIII. Ita autem dare, ut quæcunque incidisset controversia, eius exsequendæ negotium Titius haberet, placet non licere, ac tale decretum ipso iure nullius esse momenti: hoc Paulus in *d. L. item, §. 1.* in fin. *quod cuiuscunque universf.* & addit rationem, *quia non possit videri de ea re quæ* adhuc *in controversia non sit, decreto datam persecutionem.* Atqui datam esse proponimus. Sed addit Paulus non videri datam decreto. Recte. Significat ordinem non posse dare actorem civitatis nisi decreto: quo verbo in toto eo capite utitur: de ea autem re quæ adhuc in controversia non sit, ne decretum quidem esse posse, quod & verum est. Nam decernere est caussa cognita quid permittere: unde nullum decretum sine caussæ cognitione, in qua hoc quæratur, an caussa sit, cur quid concedatur. *L. nec quidquam. §. 1. D. de offic. proc.* Non potest autem in proposito statui, an caussa sit, cur quis actor detur ad omnem controversiam quæ incidit postea, ubi qua de re agatur, & qualis incidat controversia, adhuc [23] ignoretur. Sic enim necesse est ignorari, an actor datus futurus sit idoneus, & an possit gravitati aut conditioni caussæ respondere.

XXIV. Quod ad modum constituendi actoris attinet, Paulus ibidem significat omnem actorem civitatis aut syndicum recte datum videri, sive ordo designaverit certum aliquem, cui actionem mandaret, sive dixerit se eum constituere, quem magistratus elegerit: hoc in *d. L. item, §. 1.* in prin. At enim prius diximus non posse quemquam nomine civitatis experiri, nisi quem lex aut ordo dederit. *L. 3. quod cuiusf. univer.* Respondet Paulus non se id mutare: nam & eum quem in proposito magistratus elegerit, ab ordine ipso electum videri: quia parvi referat, ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit: & in summa nihil refert, per se quis quid faciat, an per alium. *L. 5. §. gessisse, D. de adm. tut.* Quorsum ergo hæc, aut quid ad hunc locum? Nempe eo pertinent, quod proposuimus, ut intelligatur, quemadmodum civitatibus, & cæteris corporibus universitatum licitis suo nomine agere licet, ita & his ut dominis litis procuratorem dare licere, non secus quam privatis. Solum in his quærendum, quomodo recte illorum nomine actor detur: de quo dixi. Quod ideo in privatis & singulis dominus non quæritur, quia ad eam dationem unum privati mandatum sufficit.

XXV. Sed dominus litis duplex est. Alius enim intelligitur ante litem contestatam, alius lite contestata. Ante litem contestatam is est dominus litis, ad quem pertinet ea actio quæ in iudicium deducitur: quo in numero sunt nondum actione in iudicium deducta domini superiores, de quibus diximus. Est & in hoc numero defensor, qui [24] iudicatum solvi satisdedit. Hac enim satisdatione obligationem in se suscepit, & fecit solvi: ut merito dicatur in ea lite pro domino esse habendus in *L. Titius, antep. D. de procur.* Quidni vero hic det vice sua alium defensorem, cum possint & fideiussores eum dare? *L. licet, §. ult. D. eod.* Sed & quod

tis, qui & Curatores Reip. *L. ult. de off. assef.* *nzylcaz L. 3. C. de mod. mult.* quique veluti magistratus municipales. Eorumque officium publicum, non ad caussarum, sed negociorum publicorum administrationem. Quanquam vero, Syndicum a Procuratore differre ut speciem a genere, scribat Gifan. *d. loc. n. 30. & seq.* itaque Donellum nostrum sentire appareat, recte tamen Duar. *ad tit. D. Quod cui univ.* C. 1. Wurmser. *d. Obs.* 2. proprie non esse Procuratorem, quia universitas, subtilitate iuris & verborum attenta, domina dici nequeat. Tametsi, si Procurator vocetur, per hoc, instrumentum non vitiatur *C. 9. ext. de Procur.* quia ubi de intentione constat, verba non curantur. Quid vero hoc mandatum & constitutio Syndici requirat, & an nomina singulorum constituentium exprimi debeant, consule Mynf. 1. *Obs.* 76. & 3. *Obs.* 18. Plura de Sindicis expetens, adeat Wesenb. qui pulchre in *Par. D. Quod cui. univ.* Nicol. Losæ. *Tr. de iure universit. P. 2. C. 1.* Chil. Konig. *Process. P. 1. pag.* 199. & *seqq.* Rauchbar. *P. 2. Q. 1.* Rosbach. *Process. Tit.* 12. Rutger. Rulant. *de Commissar. P. 1. Lib.* 5. C 8. & *seq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Procur. Resol.* 2.

23) Ita & A. Fab. *ad d. L. 6. §. 1. d. t.* & *ad L. 3. de Procur.* quia caussæ cognitio non potest controversiam præcedere. Diversa ratio est Procuratoris *d. L.* 3. quia is sua voluntate constituitur, nec caussæ cognitione opus.

24) Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 12. Konig. *Process. P.* 1. *pag.* 110. Idem, & si nuda cautione, seu repromissione, adversarius contentus, argum. *L. 45. in fin. pr.* ubi Ant. Fab. Quin & idem videtur, si dominus reus, pro Procuratore suo, hanc stipulationem dederit, per *L. 8. §. 3. L. 15. h. tit.* Etsi A. Fab. 12. *Conject.* 16. totam eam legem, ceu iuris rationi adversam & a Triboniano obtrusam damnat & exagitat.

quod post litem contestatam licet defensori procuratorem dare, non alia ratio reperietur, quam quod iudicio obligatione iudicati se obstrinxit, ut mox dicetur. Vide plura in hanc sententiam apud *Specula. tit. de proc. num.* 17. & 18. Post litem autem contestatam is dominus litis intelligitur, qui litem contestatus est, usque adeo: ut quanvis ab initio non fuerit dominus, puta quia egerit alieno nomine; tamen lite semel contestata [25] dominus litis esse incipiat. Itaque si proponas tutores, curatores, syndicos, actores civitatis, in caussa ad administrationem suam pertinente procuratorem dare: siquidem nondum contestata ad litem ipsam movendam, constitit iam frustra dari, quia hi non sunt domini litis, ad quos nondum actio suo nomine pertinet: sin post litem secum contestatam, placet exinde eos procuratorem dare posse, atque hic recte dedisse: quinimmo & procuratorem ipsum privatum, postquam litem semel contestatus est: idque ideo, quia exinde domini litis effecti sint, qui ab initio alieno nomine agere cœperant. *L. neque L. procuratoribus, L. nulla, C. de proc. L. procurator, D. de dol. mal. except.*

XXVI. Sed quomodo domini litis, quos constat antea non fuisse? Nempe iudicio accipiendo & litem contestando contrahitur, sicut stipulatione. *L.* 3. *§. idem scribit, D. de pecul.* Quæ res facit, ut superiores omnes litem contestando siquidem agunt, sibi acquirant iudicati obligationem & actionem; si conveniuntur, obstringantur iudicati obligatione: qua sive actione sive obligatione inducta & eorum propria effecta in re eius litis & rei quæ in iudicio versatur, domini habeantur. Hæc vero res ita superiores, qui litem contestati sunt, dominos facit, ut iam soli habeantur domini litis, non etiam [26] is, cuius nomine actum est. Ex quo illa sunt: Procuratore post litem contestatam domino effecto, solum eum negotia persequi posse, & litem in quem velit, transferre: eum qui mandaverat actionem, non posse. *d. L. procuratoribus, d. L. nulla, C. de proc.* Item, postquam procurator litem contestatus est, solum eo agente, & vocato, & præsente, quod in iudicio fit, ratum esse: si cum eo qui actionem mandavit, idem fiat, nihil agi. *L. unic. C. de satisd. L.* 1. *C. de sent. & int.*

XXVII. Sed sit sane procurator dominus litis post litem contestatam actione sibi quæsita. At cur prior dominus non item dominus actionis maneat, ut ante, cum nihil fecerit, quo actionem a se amoveret? Id facit litis contestatio cum procuratore constituta, hæc habet in se novationem, ut suo loco docuimus. *L. ult. illic, si enim novatur, C. de usur. rei iud.* Atque hanc omnino licet in hac specie animadvertere: in qua ex præcedente caussa ita constituitur procuratori nova obligatio iudicati, ut prioris domini actio perimatur, quod est novationis. *L.* 1. *D. de nov.* Sciendum tamen horum utrumque ita dici summo iure, idque ita servari pro eo tempore, quo iudicium consistit, & procurator non mutatur: constitutum ideo, ut inter quos iudicium semel cœptum erat, inter eos etiam certius transigeretur: quod futurum fuit, si penes hos plena iudicii cœpti potestas esset. Cæterum re vera & emolumento res est prioris domini, cuius & nomine re vera agitur. Ad eum redit omne commodum & incommodum litis, quantumcunque subtili iure actio & lis procuratoris propria fuerit

25) Et tunc itaque alium recte substituit, *L.* 23. *C. h. t.* ex persona sua, non mandantis, (contra quam, is qui data potestate substituendi, id facit ante litem contestatam ut *supra* N. 18.) suoque periculo, si substitutus negligenter, vel dolose, in lite, versetur, Hartm. *Tit.* 7. *Obser.* 3. *n.* 4. Q. An & Syndicus post litem contestatam Procuratorem dare possit? Affirmat Ant. Faber. *ad L.* 74. *h. t.* quia æque litis dominus fit. Negat Gifan. *ibid.* quia nomine civitatis, nulli licet experiri, nisi constituto lege civitatis, vel ordinis decreto. Rectius Faber, quia hic substitutus, non persequitur litem, nomine civitatis, sed Syndici substituentis. Sed quid si Procurator post litem contestatam datus, an æque dominus litis fit? Affirmat Sich. *ad L.* 20. *C. h. t.* Sed Ioan. Bapt. Asin. *Praxi iudic.* §. 2. *C.* 13. *n.* 28. hunc, nisi ei dominus simul instantiam cesserit, quandocunque deinde, etiam postquam agere cœperit, libere revocari scribit. Quid si caussa litis contestationem non requirat? Dominus litis fit, post primum actum, in quo incipit tractari de meritis caussæ, Trentac. *Pract. Resol. Lib.* 2. *h. t. Resol.* 9. *n.* 13. Asin. *Praxi iudic.* §. 3. *C.* 14. *n.* 2. ubi idem tradit in substituto, quem & ipsum post litem contestatam alium recte substituere sentit, ut & Wurmser. *Tit.* 5. *Obser.* 14. Quod Mynsing. 1. *Obs.* 43. admittit, etsi non ipse litem contestatus, sed postea constitutus sit. Idque impugnat Gifan. *ad L.* 23. *C. h. t. n.* 10. tum quod iudicio accepto Procurator institutus, dominus litis effectus, itaque substitutus, dominus fieri nequeat; tum quod inde sequeretur magna iudiciorum perturbatio. Putaverim, id non aliter, huic substituto licere, quam data ei a priore Procuratore, eodemque domino litis effecto, substituendi alium potestate, arg. eorum quæ *supra N.* 18. Nam quod quidam, ipsa substitutione, dominium litis, priori Procuratori per litis contestationem quæsitum, in posteriorem transferri censent, meri iuris rationi adversari puto: Qui enim magis simplici substitutione, quam constitutione Procuratoris, dominium transibit?

26) Non tamen prohibetur dominus ipse, caussæ suæ adesse & Procuratori assistere *L.* 69. *h. t.* Et actus cum illo sponte factos, non contradicente parte, vel procuratore, valere sentit Sich. *ad L.* 22. *C. h. t. n.* 8. Post litem itaque contestatam, citandus est, ad actus iudicii, non dominus, sed Procurator. Boer *Decis.* 285. *n.* 1. Nec si citatus principalis, non compareat, contumaciam incurrit, Sich. *ad d. L.* 22. *n.* 7. Quin contra potius, actus contra præsentiam domini & Procuratoris, post talem citationem celebrati, iure invalidi & null. Qua de re tota fuse & exacte Sigism. Scaccia *Lib.* 2. *de iudic. causs. civil. crim. &c. C.* 8. *n.* 664. & *seqq.*

fuerit. Sed redit finito solum iudicio, & redit non summo iure & directis actionibus, sed solum utilibus, quæ priori domino aut adversus eum ex caussa iudicati competunt. Qua ratione & prior dominus pendente iudicio mutare procuratorem potest: sed non nisi ex caussa, de quo iudicii exitu, ut & de potestate mutandi procuratoris, postea suis locis dicetur.

XXVIII. Illud in istarum personarum mandato ad extremum monendi sumus, postquam sine eo mandato nihil recte agi volumus, hoc evenire, ut nihil agatur, non solum si ab initio nullum id mandatum interveniat, sed etiam si ab initio interpositum, postea revocatum finitumve sit. Quod non aperte tantum fit, de quo nulla dubitatio est; sed & tacite quandoque, ut [27] qui prius erat procurator, finito mandato procurator esse desinat, atque ita alieno nomine agendi potestatem amittat, quod quia obscurum est interdum, ideo observatione & admonitione indiget. De quo etiam hoc loco breviter subiiciam. Id ergo accidit, cum quis diversis temporibus dedit duos procuratores. Hic enim placet posteriore dato, priorem prohibitum videri. *L. si quis cum*, 31. *L. ult. D. de proc.* Cuius rei rationem ex *tit. sequenti* de pluribus procuratoribus datis cognosces. Accidit idem & in pluribus procuratoribus, simul datis, quorum unus prior cœpit iudicio agere. Hic enim placuit meliorem esse conditionem huius occupantis: ut iam posterior non sit in eo, quod prior petiit procurator. *L. pluribus, D. eod.* Quod & ipsum quale sit, *ex titulo sequenti* sumetur.

XXIX. Dixi mandatum intervenire debere, ut quis alieno nomine recte agat: dixi, cuius id mandatum esse oporteat. Reliquum est, videamus, quale placeat ad eam rem esse mandatum; & nihilne intersit, generale sit, an speciale: expressum, an significatum. Et cum de voluntate mandantis solum hic agatur, dicimus omne mandatum domini sufficere, [28] quo constet contineri eam caussam, cuius nomine

27) Rationem vide *infra C.* 15. *N.* 10. Eo ipso vero quod alium dedit dominus, priorem revocari, etsi posterior non acceptaverit, nisi post specialem, constitutus fuerit generalis, putat P. Greg. 49. *Synt.* 4. *n.* 17. add. Menoch. 2. *Præsumpt.* 36 *n.* 12. ubi idem tradit, etsi mandatum posterius inutile; aliasque coniecturas revocati Procuratoris, ibidem profert, quas inde pete, add. Horat. Carpan. *Statut. Mediol. C.* 65. *Vol.* 1. Finitur quoque Procuratio, morte constituentis, re integra, per ea quæ *supra Lib.* 16. *C.* 23. *n.* 3 id est, si Procurator actoris sit, antequam lis contestata, *L.* 15. *D. L.* 23. *C. h. t.* de quo, & quando, nec ante litem contestatam, mors principalis, rei mandatum perimat, vid. Menoch. *d. Præs.* 36. *n.* 28. *& seqq. & Cons.* 984. Vinc. de Franc. *Decis.* 466. Vel, si Procurator rei sit, antequam cautio iudicatum solvi præstita, sive ab ipso Procuratore, argum. *L.* 76. *h. t.* sive a domino, sciente tamen Procuratore, nec contradicente *L.* 15. *h. t.* Quare cum moribus nostris ferme inseri soleat instrumentis Procuratoriis clausula, de satisdatione iudicatum solvi, inde raro finiri morte, etiam ante litem contestatam, notant Sich. *in L.* 23. *C. h. t. n.* 4. Gisan. *ibid. n.* 8. Gail. 1. *Obs.* 46. *n.* 4. Plane, post litem a Procuratore contestatam, morte domini non finiri, satis expeditum est *d. L.* 23 *C. h. t.* Cum enim tunc, nec expresse revocari possit, ut *infra C.* 17. minus tacite, quod fit morte, Sich. *ibid. n.* 3. Exceptio est, iure Canonico, in Procuratore dato, a prælato ecclesiæ *clem. ult. h. t.* Quod Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. h. t. Res.* 4. *n.* 7. *&* 8. extendit ad constitutos, a rectore civitatis, seu universitatis, & a quocunque administratore. In quibus vero caussis, lis non contestari solet, primus actus, qui in ordinariis iudiciis fieri consuevit, post litis contestationem, idem operatur, Treutac. *d. Res.* 4. Usus tamen servat, ut mortui principalis heredes citentur ad assumendam litem, Zas. *in L.* 23. *C. h. t. n.* 6. Gail. 1. *Obs.* 109. *n.* 6. *&* 7. cui id, nec temere, displicet, cum ita heredum, fæde de industria litem extrahentium malitiis ansa præbeatur, tutiusque sit contra Procuratorem procedi, atque in eum sententiam ferri.

28) Et modo, si in scriptis fiat, forma mandati (sic usurpatur instrumentum, quo mandatum, continens pro re contenta · fit legitima *C.* 1. *h. t. n.* 6. Quam innui tradunt in *L.* 65. *h. t.* de quo Vult. 2. *Iurispr.* 30. *n.* 27. *& seqq.* Wesenb *Par. h. t. n.* 7. Rosbach. *Process. Tit.* 20. *n.* 18. *& seqq* Ayrer *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 5. Rulant *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5 *C.* 8. *n.* 4. *& seqq.* Requirunt vero, ut exprimatur nomen (aliave demonstratio, nominis vice fungens) constituentis, in prima, vel tertia persona, nihil refert; item Procuratoris constituti. Nam is certus esse debet *L.* 2. *pr. h. t.* Certus autem dicitur quoque, relatione ad aliud *L.* 6. *de reb. cred.* Unde, etsi illa constitutio, non valeat: *Qui primus Capitolium adscenderit:* vel ista: *Titium do Procuratorem*, si plures sint Titii, nec aliunde appareat, quis designatus, valet tamen hoc: *constituo mihi omnes Procuratores*, qui *in ista Curia*, Procurationis officium exercent, ut pro expressis habeantur, & litem persequatur, qui primus occupaverit, vid. Boer. *Decis.* 274. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 15. *n.* 10. *& seq.* Ant. Massa Gales. *ad Formul. Camer. oblig. Parte* 2. *ad* 5. *partic. oblig. Q.* 1. Rulant. *d. C.* 8. *n.* 4. A. Fab. *ad L.* 2. *h. t* scribens posse dari incertum, ex certis personis; non vero incertum, ex incertis. Deinde contineat nomen adversarii contra quem; ubi quæri si ei debitus honor tributus non fuerit, an exinde mandatum vitiosum? Et huiusmodi exceptiones reiectas fuisse, prodidit Rulant. *d. C.* 8. *n.* 5. & iudicis, coram quo. Itemque caussam in qua, & actus, ad quos deputetur. Potest enim iure communi, & ad unum actum iudiciarium eligi *L.* 2. §. 1 *C. de his qui ven. at. L.* 4. *C. Mand.* & facit *L.* 3. *h. t.* in verbis *usque ad diem*, sed ex ordinatione Cameræ *P.* 3. *tit.* 12. non nisi ad totam litem, Gail. 1. *Obs.* 51. *n.* 11. Mynf. 1. *Obs.* 46. *&* 5. *Obs.* 84. *n.* 1. Ac solent præcipui actus exprimi, ut ex formolariis apparet, vid. Rotschitz. *Process. P.* 1. *Art.* 6. *n.* 2. Rosbach. *tit.* 20. *n.* 52. Quod, ceu abundans, in iis, quæ speciale mandatum non exigunt (neque enim ideo minus Camerales Procuratorium admiserunt, in quo litis contestationis, conclusionis in caussa &c. nulla mentio, Mynsing. 4. *Obs.* 99.) nocere nequit; conducere autem potest amputandis cavillationibus. Subscriptionem quoque, quæ tamen non necessaria, quando totum Procuratorium, manu mandantis conscriptum, isque de hoc, in eodem testatus est, arg. *pr. I. de Emt. & vend.* vers. *nisi & instrumenta*, *& L.* 28. §. *ult. C. de test.* ac tradit in simili. Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. §. *quæritur n.* 42. *p. m.* 58. & sigillum mandantis requirunt, quem & alieno signo uti posse, censet Rulant. *d. C.* 8. *n.* 7. arg. eor. quæ *supra Lib.* 6. *C.* 8. *N.* 2. Ibidemque tradit in Principe & Episcopo, sigillum adpositum sufficere, etsi ipse non subscripserit. Quamvis vero, Menoch. 2. *Præs.* 57. *n.* 37. *& Arb. Cas.* 213. *n.* 10. *& seq.* solam sigilli positionem, absque subscriptione, alias fidem facere, sentiat: Recte tamen sanxit D. Augustus elector Sax. post visitationem, anno 1576. habitam sub tit. *Mandata und Vollmachten*: Procuratoria, ut multivariis abusibus occurratur, non tantum partium sigillis, sed & subscriptionibus muniri oportere; ac si quis litterarum rudis, per tabellionem, vel ad acta iudicii mandatum perfici oportere. Comitibus & Baronibus hoc datur, ut si subsignare ipsi nolint, secretariis suis, aliisve egregiis ministris, id mandent, sigillo tamen adposito, Zang. *in Prælect. ad Cap.*

mine agitur. De quo non tam ex verbis mandati, quam ex sententia mandantis statuendum est. Nam interdum mandati verbis removentur quædam caussæ, quæ sententia mandantis continentur. Interdum contra quædam continentur mandati verbis, quæ ipsæ excluduntur mandantis sententia. Hæc autem ita sunt, ut est conceptio mandati.

XXX. Omne mandatum verbis aut speciale est, aut generale. Speciale, ut cum nominatim mandatur alicui de mutua pecunia a Titio exigenda. Generale, cum omnium bonorum, aut omnium actionum administratio alicui commissa est. Speciale ad prius illud genus quod dixi, pertinet. Hoc enim certo continet eam speciem, quæ verbis expressa est: & hactenus omne mandatum idoneum est [29] ad procuratorem litis constituendum, quæcunque caussa est, quæ mandatum desiderabit. Reliquas caussas idem mandatum ita non continet, ut etiam removeat, interdicatque earum procuratione. *L. maritus*, in fin. *C. de proc.*

XXXI. Verum hoc posterius non est perpetuum. Nonnunquam enim hæc mandantis sententia est, ut velit quasdam caussas quanvis verbis non expressas mandato contineri; quamobrem & hæ continebuntur. Hæ autem sunt, sine [30] quibus mandata nominatim actio exerceri non potest. Mani-

Cap. 7. *ext. h. t.* De sigillo, quando loco subscriptionis, confer Cravetta *de Antiquit. temp. P.* 2. §. *quæritur n.* 44. *&* 5. *seqq. pag. m.* 58 *& seq.* Sed num & clausulam ratihabitionis inseri necesse est? Quod videtur, per *L.* 65. *h. t.* Wesenb. *Par. h. t. n.* 6. *&* 7. P. Greg. 49 *Synt.* 4. *n.* 7. Rulant. *d.* C. 8. *n.* d. & alii quos allegat Rauchb. *P.* 1. *Q.* 2. *n.* 1 Qui tamen ipse, contra nititur, contendens, neque eius omissione mandatum vitiari, neque adiectione ampliari, ut nec idem operari eam, quod clausula *cum libera* (ceu plures censent) quia, inquit, libera administratio, specialiter concedenda *L.* 7. §. 1. *in fin. de pecul.* Neque etiam Procuratorem rei, a satisdatione, iudicatum solvi, liberare velit. Contra Covar. 1 *Var. Resol.* d. *n.* d. Ad *d. L.* 65. resp. Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 37. illam vel ad ius vetus referendam, quo quilibet Procurator, etiam quem verum esse constabat, de rato cavit, vid *C. seq. N.* 23. vel speciale esse in eo, quem absens, litteris, ad adversarium directis, constituit: Secus esse, si mandatum actis insinoetur, vel dominus apud acta Procuratorem constituat. Sed etsi ita Vitebergenses iudicaverint, priori tamen opinioni, tutius assisti puto, ita tamen ut mandatum quidem verum sit, quod dicta clausula careat; at iuste eo casu ratihabitionis cautionem adversarius exigat *d. L.* 65. Hac quippe, procuratorio nomine inserta, dominum de nulla negligentia, imperitiave, Procuratoris teneri, ne quidem in caussa, vel actibus iis, quos mandavit, rationis reor. Mandavit enim sane, ut ageret Procurator, litem contestaretur, testes produceret &c. Sed mandati istius nulla alia interpretatio, quam ut rite agat: Quicquid igitur negligenter, imperiteve gestum, id, ceu extra mandati fines, domino nocere nequit, nisi de omni, quod actum, rato habendo promiserit. Quin itaque, si absit hæc clausula, etsi mandatum certo probatum, ratio exigendæ cautionis, quæ *C seq. N.* 21. *sub fin.* non cessat, cum dominus denuo agens, exceptione de lite, ex mandato eius finita, &c. replicare posset, rem non ex mandato gestam; procuratoris culpa, imperitiave caussam perditam, id sibi fraudi esse non debere, qui mandaverit sane ut ageret, non vero ut negligenter in lite versaretur, cum nec generale mandatum perdendi licentiam tribuat *L.* 6. *pr. de cond. ind. L.* d. *L.* 63. *h. t. & simil.* Proinde satisdatione hac nec verus Procurator relevatur, nisi dominus ipse de rato caverit *d. L.* 65. Sic nempe, sine periculo elusorii, vel redintegrandi iudicii, procedi potest, omneque litis damnum, fraude culpave contigerit, modo circa litem, actusve litis mandatos, dominus agnoscere debebit: Non sane ex ipso mandato, (quis enim hoc voluisse dominum dicet, & alias actio non daretur exinde, contra Procuratorem, si per hoc mandato satisfecisset.) Sed ex hac promissione rati mandato adiecta. Quapropter magnæ utique vis est hæc clausula, ac utrumque effectum operatur, cum ut a satisdatione relevet *tex. L.* 65. *h. t.* tum ut idem, quod plena administratio, mandata contineat. Quanvis enim specialiter hæc concedenda *d. L.* 7. §. 1. *de pecul.* hoc est connectuns induci non debeat, sed verbis expressis, quibus tamen id verbis fiat, nil refert, ut *infra N.* 31. modo clare mens loquentis liqueat. Qui vero apertius poterit, quam ex his: *Ratum habebo, quicquid Titius egerit:* Aut quomodo hæc minus continebunt illis: *Do Titio liberam agendi facultatem.* Dices. Atqui, cui omnium negociorum, vel litium administratio concessa est, differt ab eo, cui libera ut *infra N.* 31. Recte inquam? Sed quid interest? omnes lites exercere posse, & in omnibus (vel etiam una) libere omnes actus geri licere, vel etiam quicquid in omnibus (vel una lite, uno, vel pluribus actibus, prout nempe mandati forma, plus minusve continet) gestum fuerit, ratum habendum. Interest immo! Illic non sequitur, si in omni re versari licet, igitur & quolibet modo. Hic vero nec ipsa verba aliom sensum admittunt, cum in his: *quicquid gesseris* vox universalis, non ad res, seu lites (nam & ubi una lis committitur, sic caveri potest) sed ad modos versandi in lite, referatur. Proinde complectitur quicquid, quocunque modo, etsi malitiose, vel socorditer, modo non extra caussam commissam, gestum erit. Et bene Wesenb. *in Par. h. t. n.* 7. clausulam ita concipi debere: *quicquid* gesserit, non vero ita: *quicquid legitime* gestum fuerit. Nam dominus semper cavillari posset, non legitime gestum esse. Ex quibus liquet, eiusdem effectus esse, hanc ratihabitionis clausulam, cuius est concessio, cum libera, sive generali mandato subiiciatur, sive speciali, ut nimirum hoc casu speciali mandato, cum libera æquipolleat. Prædicta eximie probat *L.* 10. *C. h. t.* ex qua patet iudicatum, ex fraude, dolove Procuratoris, ita demum rescindi non posse, si plena illi potestas agendi data. Quare si ea non data, cautio rati, ad hoc periculum avertendum, iuste desideratur. Data vero ea cautione non onerandus Procurator, æque ac si clausula ratihabitionis inserta, quia hæc eiusdem effectus. Quanquam, si pensiculate loqui volumus, potius dicendum, clausulam cum libera, idem operari quod clausulam ratificationis, quam vice versa (etsi utro modo dicamus in reipsa nihil refert,) quia uti in hac promissio domini, de rato habendo verbis expressa, ita in illa implicite continetur. Quia vero non tantum Procuratoris gratia (aut in eius commodum, qui immo de mala gestione nihilo socius tenetur *d. L.* 10.) sed & adversarii, ut omnimodam ei securitatem præstet, hæc clausula adiicitur, hinc est, quod litteræ ad adversarium dirigendæ *d. L.* 65. *h. t* vid. *C. seq. N.* 25. Male vero Rulant *supra d. C.* 8. *n.* 6. Clausulam substitutionis quoque exigit, ea si absit, mandatum vitiari posse sentiens. Liberum enim constituenti, an hanc potestatem tribuere velit, non necessarium. Et hæc de instrumento mandati legaliter facti. De aliis probationibus, vid *C. seq N.* 25.

29) Specialis vero Procurator ut Duar. *h. t. C.* 1. duplex: (1) Cui specialiter una caussa; (2) cui certum genus negociorum forensium commissum. Sed aptius forte hic dicetur generalis, ut is duplex sit: (1) Cui certum genus caussarum: (2) cui omnes indefinite lites commissæ. Specialis vero ita duplex: (1) Datus ad unam litem, sed totam: (2) ad unius caussæ actum unum, vel plures, sed non omnes. Dari autem potest & ad litem futuram *L.* 3. *h. t.* id est quæ metuitur, modo tamen ex personis litigaturis & negocii qualitate, cuiusmodi futura sit, appareat. Nam ad litem specialiter unam plane incertam, inepte quis dederit, A. Fab. *ad d. L.* 3. Ut & datur in diem, sub conditione, ad diem *d. L.* 3. Unde, A. Fab. infert Procuratoris dationem, actum legitimum non esse, contra Hotom. *Ill. Q.* 32. & Cuiac. 15. *Obs.* 16.

30) Unde generalius Wes. *in Par. h. t.* n. 9. & Rosbach. *Process. tit* 20. *n.* 28. datum ad petitorium, intelligi etiam, ad possessoria & præparatoria.

Manifesta hæc sententia est omnium aliquid mandantium, aut concedentium, ut intelligantur omnia concedere, sine quibus ad concessum perveniri non potest. *L. 2. D. de iurisd. L. 1. §. 1. D. si usufr. pet.* Atque hinc illa in proposito nata sunt. Ad rem mobilem petendam, idest vindicandam datus procurator, ad exhibendum quoque recte aget. *L. ad rem, D. de proc.* Item, ad legatum petendum procurator datus si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis; procuratoria exceptio, quasi non & hoc esser ei mandatum, non obstat. *L. ad legatum, D. eod.* Utrumque ideo, quia nec res vindicari nisi certa designata non potest, *L. si rem, 6. D. de rei vind.* nec mobilis designari, nisi prius exhibita. Sed nec legatum ex testamento peti, nisi noverimus, quale sit & quantum, quod legatum est, quorum utrumque non nisi exhibitis tabulis testamenti cognoscitur.

XXXII. Generalis mandati vis contraria. Huius mandati verbis continetur omnis administratio rerum ei generi subiectarum: sed ex sententia mandantis interdum quædam caussæ excipiuntur; quæ proinde ut quis eo nomine recte agat, speciale mandatum desiderant. Primum hoc statuamus, cuicunque omnium bonorum administratio, aut omnium actionum potestas permissa est, etiam eum quavis ex caussa nomine domini pecunias exigere posse & rem in iudicium deducere sine alio speciali mandato. Nec intererit, comissane sit [31] administratio nominatim libera, an vero simpliciter & generaliter omnium rerum, bonorumve administratio, ut patet ex his duobus locis inter se iunctis, *L. procurator cui generaliter, D. de proc.* & *L. nam & nocere, D. de proc.* Merito. Hæc enim petitio eius administrationis & potestatis sive pars sive species est. In toto autem & pars continetur. *L. in toto & pars, D. de reg. iu.* Et generali ratione [32] omnes species eius generis tam continentur, quam si nominatim essent comprehensæ. *L. si servitus, D. de ser. urb. præd.* Sed quod sit in cæteris concessionibus, hoc idem & in mandato isto generali accidit. Cæteræ concessiones generales sic accipiuntur, ut non contineantur ea, quæ verisimile est quemquam nec specialiter fuisse permissurum. *L. obligatione, D. de pign. L. qui peculii, D. de pecul.* Sic est & mandatum istud generale, ut quanvis verbis omnium actionum, exercitio permissa sit; tamen ex sententia mandantis non contineantur eæ, quæ ad affectum pertineant mandantis, quasque ideo verisimile sit non facile eum alii commissurum esse.

XXXIII. Hinc quasdam caussas esse legimus, quæ mandatum domini speciale desiderent ad agendum. Quod nihil aliud significat, quam etsi cui generaliter bonorum omnium administratio concessa sit, non posse tamen procuratorem eo mandato fretum de his caussis experiri. Sed & personæ quædam exceptæ sunt. Non quod non contineantur & causæ istæ, & personæ verbis generalis mandati; sed quod exceptæ sint ex ea, quam dixi, sententia. Causæ huius generis sunt tres. Una est, interdictum de liberis qui sunt in potestate, exhibendis ducendisve. Hoc visum est neminem patris nomine experiri posse invito adversario, nisi & pater iusta de causa impediatur, & præterea agenti nominatim mandatum sit a patre. *L. Pomponius, in pr. D. de proc.* scilicet quia non videtur pater facile hanc actionem alii commissurus fuisse ne specialiter quidem. Coniectura ab affectu paterno ducta: liberi enim patri præcipue cari sunt: quo ex affectu non facile videatur pater permissurus esse potestatem & imperium in liberos alii, quam sibi. Huius autem potestatis species est invitum ducere. Altera species est omnis causa famæ; veluti si quis tutore suspecto postulato ad eum defendendum procurator accedat, quod placet nulli concedi, nisi cui constet a tutore mandatum nominatim. *L. non solum, §. ult. D. de proc.* Hoc adeo, quod de fama domini hic agitur: famam autem & existimationem, rem scilicet omnium

31) Consentit Baro *in L. 58. & L. 60. h. t.* Cuiac. 6. *Diff. Modest. ad L. 63. h. t.* Gifan. *ad L. 1. h. t. n. 16.* quia pro eodem sumuntur, administratio absolute, & libera administratio *L. 41. §. 1. de R. U. L. 7. de pecul.* Diss. Duar. *h. t. C. 2.* Wesenb. *Par. h. t. n. 3.* & relati *supra Lib. 4. C. 15. n. 11.* ac DD. communiter teste Rauchb. *P. 1. Q. 2. n. 20.* Sed & distinctio hæc iure Canonico probata, quo is cui mandatum est cum libera, potest ea quæ speciale mandatum requirunt *C. 4. h. t. in 6.* Covar. *1. Var. Resol. 6. n. 3.* Konig. *Process. P. 1. pag. 112. & 114.* Tiraquel. *de Retr. lign. §. 1. Gl. 13. n. 22.* Eiusque vi omnia Procuratori licere, quæ dominus ipse facere posset, scribit Konig. *d. p. 112.* Et concedi potest hæc libera potestas, aliis verbis idem significantibus, veluti data plena administratione, arbitrio, potestate faciendi, quicquid domino licet, Rauchb. *d. Q. 2. n. 16. & seqq.* Rosbach. *Process. Tit. 20. n. 21.* De vi clausulæ, in omnibus & per omnia, vid. *Decis. Rota noviss. 8. n. 7.* Differunt vero generalis cum libera & specialis cum eadem, quia hic extra caussas, ad quas datus est, nihil potest, Decian. *Vol. 3. Resp. 91. n. 23.*

32) Etiam futuras, ut Gifan. *ad L. 37. h. n. 6. & 7.* arg. *L. ult. C. quæ res pign.* Vasq. 2. *Contr. usu freq. 16. n. 12. & seq. Decis. noviss Rota P. 3. Lib. 1. Decis. 57. & Lib. 2. Decis. 65.* Sed specialis Procurator præfertur generali, Decian. *Vol. 2. Resp. 109. n. 52.* Secus, si simpliciter datus ad lites, ubi accipiuntur præsentes, nisi in præsenti nullas habuit, qui constituit, Roder. Suarez *in Lect. L. post rem iudic. 56. de re iudic. in declar. legis Regni §. Quia supra n. 9. fol. 573.*

omnium pretiosissimam, non facile solent homines aliis credere. Tertia species superiori finitima est in integrum restitutio, quæ nomine minoris postuletur: de qua ita scriptum est in *L. illud*, §. *ult.* *D. de minor.* si talis interveniat iuvenis, cui præstanda sit restitutio, ipso postulante præstari debet, aut procuratori eius, cui id ipsum nominatim mandatum sit: qui vero generale mandatum de universis negotiis gerentis alleget, non debet audiri. Ratio eadem cum superiore. Nam in restitutione in integrum minoris nomine postulanda propemodum existimationis caussa agitur: certe non sine caussa plerique putant ad existimationem suam pertinere. Fit enim in ea contra fidem, cum ea quæ consensu & bona fide gesta sunt, rescinduntur; ac quocunque prætextu rescindantur, semper hoc ipsum 33 turpe habetur fidem non servare. Ut de fide data non agatur; tamen cum nemo minor restitui possit, nisi infirmitate ætatis læsus, habet omnis huius restitutionis postulatio confessionem imperitiæ & stultitiæ eius, cuius nomine petitur restitutio. *L. præfecti*, *D. de minor.* quæ crimina ne stultissimi quidem & ignavissimi homines solent agnoscere.

XXXIV. Dixi & personas quasdam generali mandato non contineri, ut adversus eas propterea agere liceat. Id accidit in duobus procuratoribus omnium negotiorum simul datis: de quibus ita placet, ut si unus debitor sit mandatoris, non possit unus ab altero pecuniam petere, nisi nominatim hoc ei dominus præceperit; quasi non videatur dominus mandatum utrilibet eorum dedisse. *L. qui proprio*, *46. L. 47. L. 48. D. de proc.*

CAP.

33) Vix hæc genuina ratio, etsi aptior forte priori. Melius A. Fab. *ad d. L.* 25. §. *ult.* quia mutatio voluntatis in eo, qui rite rem gessit, non præsumitur, sed probanda *L.* 22. *de probat.* Convenit *C. coram* 7 *extr. de in int. rest.* vid. *infra Lib.* 21. *C. ult. N.* 1. Sunt & aliæ caussæ similes, ut matrimoniales *L.* 3. *pr. de ri. nupt. C. ult. h. t. in* 6 iuramenti delatio & relatio *L.* 17. §. *ult. de iurei.* præstatio iuramenti calumniæ, Gail. 1. *Obs.* 83. item iusiurandum pro impetranda quarta dilatione, Gail. 1. *Obs.* 91. *n.* 19. Mynf. 1. *Obs.* 70. Sigism. Scaccia *Lib.* 2. *de iudic. causs. civ. &c. C.* 3. *n.* 129. petitio compromissi *C. pertinens* 9. *de Arb.* Guid. Papæ *Cons.* 118. prorogatio iurisdictionis, vid. Guid. Papæ *Singul.* 962. Vult. *in L.* 1. *C. de iurisdict. n.* 114. *& seqq.* Renunciatio appellationis, item litis pendentiæ & præventionis, Io. Modedan. *Decis.* 89. & aliæ, de quib. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 8. *n.* 18. Gifan. *ad L.* 60. *h. t n.* 9. *& seqq.* P. Gregor. 49. *Synt.* 4. *n.* 9. *&* 10. & Peregrin. Iannin. *de Citat. reali Lib.* 3. *C.* 21. *n.* 87. *& seqq.* qui casus 85. recenset. Sed si aliquibus horum expressis, subiecta clausula generalis; ad non expressos extenditur *C.* 4. *h. t. in* 6. Itemque si generali mandato adiecto, exceptio aliquorum, speciale mandatum requirentium, ubi cætera continentur, Covar. 2. *Var. Res.* 5. *n.* 8. Denique, ubi speciali mandato non subintellecto, generale frustratorium redderetur, Vigel. *Methodo iur. controv. Lib.* 2. *C.* 3. *Membro* 3. *Reg.* 4. *Exc.* 6. *Repl.* 2. *Dupl.* 1. *Triplic.* 1. 2. 3.

CAP. XIII.

Quarum rerum, cautionumve præstationes a procuratore & defensore alienæ litis exigantur: quibus non præstitis & illi actio, & huic defensio denegetur.

Præstationes alias esse procuratori actoris, alias defensori rei necessarias. I.
Ab agente alieno nomine præstari reo oportere defensionem eius cuius nomine agit, & de rato satisdationem. II.
Ratio. III.
Defensio esse debet boni viri arbitratu. IV.
Talis hæc auctior in tribus, & quæ. V.
Mitior in quatuor partibus, & hæ cuiusmodi. VI.
Communis defensio procuratoris, tutoris, curatoris, actoris & syndici (quatenus propria tutoris & curatoris) VII.
Item cuiusque actionem postulantis alieno nomine Actionis verbo, & quæ habent instar actionis comprehendi. Quæ id genus. VIII.
Defensione eximitur qui alienas res administrat, sed non in iudicio. IX.
Item qui agit suo nomine, nisi id faciat occasione mandati. Hoc quale sit. X.
Procurator in rem suam sponte effectus defensioni obnoxius. Contrariorum solutio. XI. XII.
Secus ex necessitate talis. Differentiæ ratio. XIII.
Qui in rem suam procurator ex necessitate. XIV.
Qui sponte talis. XV.
Summa & conclusio rerum. XVI.
Defendendi necessaria ratio, etiam stipulatione interposita, est actionis denegatæ pœna. XVII.
Qui ultro defendit absentem, si iudicatum solvi satisdedit, ex stipulatu convenitur dumtaxat. Interpretatio L. non cogendum 45. *in pr.* D. de proc. XVIII.
Defensio a procuratore litis initio exigenda; tunc omissa non potest repeti. XIX.
Satisdatio de rato altera procuratoris præstatio. Ex edicti verbis eius cognitio petenda. XX.
Verborum edicti ex L. servus, 33. §. ait prætor *analysis.* XXI. & seq.
Verba boni viri arbitratu *adiecta satisdationi in edicti posteriore clausula quid significent.* XXII.
Cautio ratihabitionis necessaria reo, cum procuratoris incertum mandatum. XXIII. & seq.
Incertum 1. cum quis mandatam sibi actionem dicit, nec tamen desiderante reo probat. Accursii contra Bartolum probatur opinio. XXIV. XXV.
Quid si reus eodem die se probaturum recipiat eum, qui se dicit, procuratorem non esse. XXVI.
Incertum 2. si facta a procuratore mandati probatio non suffragetur reo. Hoc ex auctore nostro quale sit. XXVII.
Si certum mandatum, non est satisdatio ratihabitionis reo necessaria. XXVIII. XXXI.
Tale fit iis modis, quibus procurator actoris relevatur a veteribus satisdatione de rato. Quatuor illi & quinam. XXIX.
Si incertum debetur reo, & quidem ab omnibus, satisdatio de rato. XXX.
Actor nihilominus a tutore vel curatore datus nunquam non cavet de rato. Quæ huius a reliquis differentia. XXXII.
Præstandæ cautionis de rato eadem omnino necessitas & ratio, quæ præstandæ defensionis. XXXIII.
Omnis alienæ rei defensor debet aut ipse, aut pro illo dominus, perpetuo iudicatum solvi satisdare. XXXIV.
Etiamsi locuples, & in dignitate constitutus. XXXV.
Etiamsi mandatum habeat a domino. XXXVI.
Cur id in actoris procuratore diversum. XXXVII.
A superiore regula excipi, seu potius nec comprehendi tutores & curatores. XXXVIII.
Satisdationis a defensore præstandæ necessitas eadem, quæ in actoris procuratore. XXXIX.
Defensor cogitur & cavere de rato, cum de re absentis rei agitur. XL.
De re absentis rei quot modis agatur. Singuli breviter exponuntur. XLI.

I. Esto; ad agendum alieno nomine mandatum domini intervenerit, quibus mandato opus est; aut sine mandato defensorem alienæ rei admittat æquitas defensionis; nondum tamen satis ad actionem alieno nomine movendam, aut defensionem

fionem alienam fufcipiendam, fi adverfarius repugnet. Hoc amplius ab utroque & procuratore actoris, & defenfore rei quarumdam rerum præftationes exiguntur, quæ nifi præftentur, & agenti denegatur actio, & alienam defenfionem fufcipienti defenfio. Utrumque ideo, dum id agitor, ut procoratio omnis litis procedat [1] fine ullo damno & iniuria adverfarii: quod in univerfa poteftate procuratoris dandi providendum fuiffe, atque adeo diligenter cautum effe initio diximus. Hæ præftationes ufu adverfarii ita exigente, aliæ funt in eo qui alieno nomine agit, aliæ in alienæ rei defenfore. Proinde ad has recte cognofcendas feparatim de utroque dicendum eft.

II. Ab eo qui alieno nomine agit, duo hæe exiguntur, quæ præftet desideranti reo: primum, ut eum cuius nomine actionem sibi dari poftulabit, bnni viri arbitratu defendat. Proximum ut fatifdet eum ad quem ea res pertinet, ratum habiturum id quo nomine agit. Comprehenfa hæc duo nominatim edicto prætoris, cuius id fragmentum exftat in *L. fervum*, 33. *§. ult. D. de proc.*

III. Harum præftationum duarum ab eo qui alieno nomine agit exigendarum ratio & æquitas hine enafcitur. lam primum hoe conftat æquiffimum effe neminem eogi procuratorem actoris in fe admittere, nisi hac conditione, ut ne fiat ei hoc facto eonditio deterior, quam futura effet, si dominus ipfe experiretur. Nam & domini eauffa eft, in qua ipfe agere videtur, dum per alium agit, & præterea procuratores primum admiffos effe diximus contra quam fummi iuris ratio ferebat, utilitatis cauffa, dum hac ipfa de cauffa afperitas iuris hac in re remiffa eft, & beneficium datum agentibus, ut his per alins agere lieeret. Sie beneficium effe oportuit, ne eoniunctum effet eum alterius iniuria: quæ omnium beneficiorum lex eft. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Et vero sic in univerfum ius eft, nulli ius fuum detrahendum effe; non licere cuiufquam eonditionem deteriorem facere: alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. *L. 2. D. de bis qui funt fui vel al. iur. L. folvendo, D. de neg. geft. L. non debet alteri, D. de reg. iur.* Sequitur igitur, ut quæ reus habe-

ret, si dominus ipfe fuo nomine experiretur, ea etiam illi a procoratore agente ex hae æquitate præftanda sint. Duo funt autem, quæ domino ipfo agente reus adverfus eum iure eonfequatur. Unum, ut si mutuo conveniat actorem, is fe apud eundem iudicem defendere debeat, nec prius cogatur reus exfolvere, quod debet, quam mutuæ eius petitioni refponfum fuerit. *L. neque, C. de comp. L. qui non cogitur, D. de iud.* Alterum, ut si reus eo iudicio abfolvitur, liberetur ab actore: utpote nactus adverfus eum exceptionem perpetuam rei iudicatæ. *§. item fi in iudicio, Inft. de except.* Quare & si quis alieno nomine aget, hæc eadem ab illo præftari ren æquum eft. Atqui id ita fit, si fuperiora illa duo a procuratore præftentur, quæ diximus: ut & reo mutua petitione adverfus dominum agere vnlente, procurator dominum defendat, uti ipfe dominus fe defendere cogeretur: & fatifdet eundem hunc dominum rem ratam habiturum. Defenfio ifta quin prius præftet, non dubitatur. Sed non minus & pofterius præftat ratihabitionis fatifdatio. Hae enim fiet, ut aut dominus procuratori fuo eonfulturus ratum habeat, quod actum eft; quo facto non magis poftea agere poteft, quam fi eum eo actum effet: aut fi is iterum agere volet: quia mandaffe nihil probatur, confultum fit hac fatifdatione reo, qua id confequetur a procuratore eiufve fideiuffnribus, quidquid ei obeffe probabitur ob id quod dominus ratum non habuit. *L. fi commiffa, D. rem rat. hab.* Quæ cauffa fuit prætori & defenfionis & fatifdationis fuperioris a reo exigendæ. Quæ qualia sint, a quibus exigantur, quæque sit in his neeeffitas præftationis, & quando, videamus.

IV. Ac de defenfione ita edicti verba funt, ut euius nomine quis actionem sibi dari poftulabit, is eum boni viri arbitratu defendat. Ergo non folum ut defendat: fed etiam ut defendat [2] boni viri arbitratu. Defendere dominum eft, quibus in eauffis viciffim quid reus a domino petere velit, de eo refpondere agenti, & eo nomine iudicium in fe fufcipere. *L. fed & bæ, §. defendere, L. non folum,* in pr. *D. de procur.* Defenfionem enim hic, legitimam & iudicii defenfionem intelligimus, ut eft ufus iuris. Sic autem iu-

1) Ita & A. Fab. *ad L.* 33. §. 2. *h. t.* & Io. Petr. Molignat. *de Reconvent.* Q. 16. *per L.* 2. §. 3. *Quib. ex ca. in poff. eat.* Accedit quod ita minuuntur lites, fi per eafdem perfonas, eodem iudicio, conventio & reconventio peragantur, nec diffundantur per diverfas perfonas & iudicia, Gifan. *ad d. L.* 33. *n.* 23.

2) *L. pen. h. t.* id eft ad eum modum, quem arbitraretur verus æftimator æquitatis. Hic enim vir bonus, non iudex, non IC. non orator, fed æquitatis facerdos & arbiter, qui intellectu folo comprehenditur; Cuius arbitrii, certa perpetua, & ftabilis Lex eft, Cuiac. *initio Tr.* 6. *ad Afric.*

re iudicioque quis defenditur, ſi ſuſcipiatur iudicium de eo quod petitur.

V. Boni viri arbitratus qui adiicitur, hoc valet. Quibuſdam in rebus defenſionem auget procuratori, in quibuſdam temperat & minuit. Adverſus procuratorem actoris his verbis tria hæc amplius exiguntur. Primum, ut defenſioni dolus malus abſit; res ſcilicet bonis viris maxime exoſa, nec minus eorum arbitratu fugienda. Quo maxime continetur, ne procurator actorem fruſtrando efficiat, ne ad exitum controverſia deducatur, ut eſt in *L. ult. D. de proc.* Secundum, ut procurator dominum defendat cum effectu, ideſt, ita ut ſi dominum debere conſtiterit, ipſe & condemnetur, & iudicatum ſolvat: id quod declarat ſatiſdatio quæ ſequitur, in hanc ipſam rem concepta. Et certe vir bonus non arbitratur verbis defenſionis ſatisfieri agenti, ſed re & effectu. Tertium, ut quidquid eſt ſuperiorum rerum, quas procuratorem in hac defenſione præſtare debere diximus, earum omnium nomine procurator iam a principio caveat reo, eidemque nunc in mutua petitione actori, & [3] caveat idonee: ſic enim hic caveri debere ſcriptum eſt in *L. ſed & hæ, §. defendere, D. de proc.* Id autem valet, ut caveat fideiuſſoribus datis, quales eſſe ſolent prætoriæ cautiones idoneæ. *L. 1. §. 1. L. prætoriæ ſatiſdationes, D. de præt. ſtip.* Ita uno verbo hoc exigitur, ut procurator ſatiſdet; ſiquidem cautio qua quid cavetur fideiuſſoribus datis, ſatiſdatio appellatur. *L. 1, D. qui ſatiſ. cog.* Quid autem ſatiſdabit, cui defenſio iſta imprimitur? Quod certi iuris eſt ab omnibus rei alienæ defenſoribus exigi, iudicatum ſolvi, *Inſt. de ſatiſd.* in pr. *§. ſi vero, §. ſin autem.* Quæ vel una cautio ſatis declarat procuratorem in hac defenſione priora illa tria omnia præſtare debere, quæ ſupra dixi; rem defendere, & quod idem eſt, iudicium de re ſuſcipere; dolum malum a ſe abeſſe; quod iudicatum eſt ſolvere: quoniam iſtarum omnium rerum nomine cavet, qui iudicatum ſolvi promittit; hæc enim tria iudicatum ſolvi continet. *L. 6. D. iud. ſol.* Hæc vero ſatiſdatio ex boni viri arbitratu eſt, quia id arbitratur vir bonus, quod æquum eſt. Æquum autem conſuli reo mutuo agenti adverſus defenſorem, non ſolum ut illi eadem præſtentur, quæ a domino ipſo ſi ageret: ſed etiam ut illi in eam rem cautum ſit iam a principio, ne temere cogatur alium debitorem ſequi, cum quo nihil rei prius habuerit, & cuius non noverit facultates.

VI. Hic idem boni viri arbitratus defenſionem mitigat procuratori adverſus reum, qui mutua conventione utitur. Hoc enim ei præſtat, ut in hac defenſione non gravius oneretur, quam dominus ipſe, ſi is per ſe ageret, ſed eamdem vicem ſubeat: quia eum qui perſonam domini ſuſtinet, ita haberi æquum eſt, & viri boni arbitrio conveniens. *L. ſed & hæ, §. defendere. L. minor.* in fin. *D. de proc.* In quo quatuor hæc continentur, de quibus non ſatis exprimitur defenſionis verbo. Primum, ut procurator dominum defendat, non ubivis, & apud quoſvis, ſed [4] eodem loco, & apud eumdem iudicem, *L. ſed & hæ, §. 1. D. de proc.* nam & domino agente idem fieret, ſi mutuo conveniretur. *L. qui non cogitur, D. de iud.* de quo in iuriſdictione diximus. Alterum, ut procurator in iudicato ſolvendo non teneatur lege aliarum ſtipulationum, quo ſolidum præſtet, ſed ſi quæ hic ſint domino exceptiones minuendæ ſolutionis cauſſa, iiſdem & ipſe recte utatur: ut, ſi mariti nomine procurator agat, & uxor a marito viciſſim quid petat, hactenus tenearur procurator in hac defenſione, ut ne [5] amplius quam maritus facere poteſt, præſtare cogatur; quam tamen exceptionem

3) Et in hoc uno durior conditio *d. §. 3.* Ratio diverſitatis: Reo imputari non poteſt, cur ſit reus, quando invitus convenitur. Procuratori poteſt, cur officium ſuſceperit, quod ſcire debebat, nec niſi hac conditione poſſe ſuſcipi, A. Fab. *ad d. §. 3.* Petitur autem hæc cautio ex communi DD. ſententia, quando non ſtatim reconvenire vult reus, quia nec poteſt quod iura ſua non habeat in promptu. Secus, ſi in præſenti reconvenire poſſet, ■ Petr. Molig. *de Reconven. Q. 13.* Fruſtra enim tunc deſideratur cautio de futura defenſione, ſed præſens requiritur. Cavetur vero actionum iam competentium nomine, non futurarum & quæ nondum natæ, Giſan. *ad L. 37. h. t. n. 5.*

4) Quia coram eodem mutuæ petitiones expediri debent, *L. 22. de iud.* vid. *ſupra Lib. 17. C. 18. N. 12.* Plane ſi quod mutuo petitur, excedat iuriſdictionem eius, coram quo prior actio inſtituta, quo caſu, coram alio agendum *L. 11. de iuriſd.* etiam coram alio, ut defendat, cogi, modo non in alia provincia, vult Giſ. *ad d. L. 35. n. 10. & 11.* Aſt *d. L. 11.* coram alio, eo caſu agendum eſſe, non probat, ſed contrarium *in §. 1.* Male vero ex *d. L. 35. §. 2.* infert A. Fab. *ibid.* Reconventionem, non tollere incompetentiam iuriſdictionis, de quo vid. *ſupra d. C. 18. N. 11.* Quaſi inde ſequatur; quod poſſit quidem reus, in quem egit Procurator, in provincia conventus, Romæ reconvenire & debeat quoque, hoc tamen caſu non teneatur defendere. Nam *d. §. 2.* potius hoc arguit, quod non alibi teneat reconventio, quam ubi conventio. Quia defenſor, omnino eo loco eſt, quo dominus, niſi quod in uno durior eius conditio, quod cavere debet. Si igitur dominus alibi reconveniri poſſet, durante ſcilicet iudicio conventionis priori, etiam Procurator alibi cogeretur defendere.

5) Itaque melior cauſſa defenſoris, quam vel heredis, vel fideiuſſoris. Satis enim habet actor; ſi tantum conſequitur, quantum conſequeretur, ſi, ut ſpes eſt *d. L. 15. §. 1.* maritum ipſum conveniſſet. Quo circa inſpicitur, quantum maritus, qui defenditur, facere poſſit, non quantum defenſor, Ant. Faber. *ad d. §. 1.* Nec aliud ſtatuendum in defenſore ſpontaneo, qui mandato caret, contra quam Giſan. *ibid. n. 16.* nequicquam motus argum. *L. 46. de min.* Nam diſpar omnino cauſſa condemnationis, quæ ex iure proficiſcitur, a cauſſa reſtitutio-

nem personalem esse, & alias personam non egredi constat. *L. minor*, in fin. *D. de proc. L. quia. L. alia*, seq *D. sol. mat.* Tertium est, ut procurator dominum defendere debeat, non utique adversus omnes, a quibus post iudicium a procuratore institutum dominus conveniatur, etsi edictum nihil distinguere videtur; sed ut adversus eum ipsum reum solum, cum quo procurator agere instituit. Nam nec dominus ipse si cum aliquo ageret, cogeretur, alterius in eodem iudicio excipere mutuas petitiones. Sed nec vir bonus arbitraturus sit, quod inter procuratorem & reum geratur, id aliis prodesse debere ad procuratorem his obstringendum, quibus prius non fuit obligatus, & cum quibus nihil gessit, quo obligaretur. Alienum etiam id in hoc edicto a mente prætoris, cui propositum est hoc edicto damnum procurationis admissæ prohibere. Nemo autem ob procurationem admissam damno afficitur, nisi is cum quo agitur. Quartum, ut si qua caussa est seu iusta seu necessaria omittendæ actionis, nec dominum defendere debeat procurator, etiam qui domini defendendi caussa iudicatum solvi satisdederat. Neque enim vir bonus arbitrabitur, eum qui propter actionem defensionem suscipere coactus erat, cogi in ea defensione perseverare sublata actione, id est ea causa, propter quam solam defensio postulabatur: hoc in *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *D. de proc.* Omittendæ actionis iustæ causa est, si qua interveniat ex iis, propter quas defensor ipse qui satisdedit iudicatum solvi, potest defensionem deferere: de quibus dicetur in ea parte in qua an necesse sit procuratorem obire, & quatenus quæritur. Huius ipsius actionis omittendæ necessaria procuratori causa est, si ex caussa a domino remotus sit. Quo casu & ipsum iudicium accipere ob defensionem iustissime recusabit, qui remotus procurator esse desierit: procurationis autem caussa susceperat defensionem, *d. L. sed & hæ*, *§. defendere*.

VII. Iam videamus, a quo hæc defensio exigatur. Et verba edicti ita sunt, non ut procurator actoris dominum defendat; sed generaliter ut dominum defendat is, qui alieno nomine actionem sibi dari postulabit. Ergo quisquis is erit, sive procurator a domino datus, sive tutor, curatorve, sive actor civitatis aut syndicus, quibus posterioribus plus iuris tributum est; omnes quia alieno nomine agunt, pupillorum, adolescentium, civitatis suæ nomine mutuo conventi pupillos, adolescentes, civitatem defendere debebunt ita, ut defensionem esse debere supra diximus. De procuratore constat. *L. servum*, in fin. *D. de proc.* De actore civitatis traditur in *L. item*, *§. actor*, *D. quod cuiuscun. univ. nom.* Tutorum autem curatorumve in caussa puillorum aut adolescentium adeo propria hæc defensio est præter cæteros, ut quanvis superiorum nomine non agant, sed ultro conveniantur; tamen tutelæ aut curæ suæ commissos pro officio defendere debeant. *L. ult. C. de adm. tut.* quanto magis, si prius istorum nomine actionem moveant? Hoc a cæteris distant tutores & curatores in hac defensione, quod hi satisdatione non onerantur. *L. ult. §. defensionem*, *C. de adm. tut.*

VIII. Sed quicunque illi erunt, eum exigit prætor, qui actionem sibi dari postulet, & postulet alieno nomine. Primum qui postulet actionem, & quod idem est, qui agat. Actionis verbum ut est proprietas & usitata significatio verbi in usu iuris, eam petitionem significat, quæ distinguitur a præiudiciis, interdictis, stipulationibus prætoriis, quæ apud magistratum postulantur, interrogationibus in iure factis: ut istorum verborum distinctio facile ostendit. Quam proprietatem si sequimur, non pertinent ad hoc edictum, qui alieno nomine aut præiudicio, aut interdicto agunt, aut alieno nomine damni infecti exempli gratia sibi caveri postulant. Sed animadversa sententia earum legum, quæ actionis verbo usæ & quid tribuunt, aut denegant, obtinuit generaliter in omnibus actionis verbo contineri non eam tantum petitionem, quæ proprie & specialiter ita dicitur, sed etiam superiora omnia, quæ actionis instar obtinent; præiudicium dico, interdicta, stipulationes prætorias, ut damni infecti, legatorum, & [6] similes. *L.*

tutionis in integrum *d. L. 46.* quæ ex æquitate, A. Fab. *ad d. L. 46.* Non ergo in plus condemnatur, etiam hic defensor: at non contra sententiam restituitur, quia eandem vicem subit in eodem iudicio; Restitutionis vero novum est & aliud iudicium. Quia vero eodem iure est, quo dominus, etiam pati potest ea, quæ & dominus pateretur. Ergo & defendit, etsi in possessionem venire patiatur *L. 35. §. ult. in fin. h. t.* Dicitur equidem missio, pœna latitantis, qui non defenditur *L. 2. pr. L. 7. §. 1. Quib. ex ca. in poss. eat.* sed illa, quæ fit solius prætoris auctoritate, non quam ultro quis patitur, A. Fab. *in d. §. ult.*

Quandoque enim cautio damni infecti petitur, magni damni nomine, cum vilis domuncula sit, in cuius possessionem mittendum, ubi expedit, pati possessionem, quam satisdationem præstare, Gisan. *ibid. n. 24.*

6) Et interrogationes *d. L. 39. pr.* quia licet non sint actiones, earum tamen præparatoria, & actiones novas pariunt, quæ interrogatoriæ, Ant. Fab *ibid.* Sed & actiones illæ, quæ in heredem non dantur *L. 37. pr. h. t.* ubi ratio dubitandi. Heres magis repræsentat personam defuncti, quam Procurator domini. Ratio decidendi. Procurator non nisi viventis. Ergo quo tempore agit, actio superest, quæ ut

actionis, *D. de oblig. & act.* Quippe in his verba alia sunt: at res & ratio legis ad aliquid tribuendum aut denegandum eadem. Versatur enim & in illis iudicium, quo idem illud agitur, quod in actione, ut scilicet cogatur adversarius quid præstare, quo nomine sententia iudicis aut condemnetur aut absolvatur. In re simili & ratione legis eadem, sententia legis exigit, ut ius idem statuatur. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil. L. non possunt*, *L. nam ut ait*, *D. de legib.* Quomodo & hoc edictum acceptum est, ut sit hæc sententia: quodcunque quis alterius nomine sibi permitti a magistratu adversus alium postulabit, sive ea est quæ specialiter actio dicitur, sive id quod instar habet actionis; & generaliter quodcunque est, quod sibi quis ab alio alterius nomine per magistratum aut iudicem fieri desiderabit: hunc qui id postulabit, debere eum cuius nomine id postulat, defendere; & si res exigat, cavere eum ipsum rem ratam habiturum. *L. sed & hæ*, *§. 1. L. non solum*, in pr. *L. Pomponius*, *§. 1. D. de proc.* Et certe non est consentaneum, prætorem in una caussa procurationis institutionem sine damno adversarii procedere voluisse; in cæteris, in quibus idem esset incommodum metuendum, noluisse.

IX. Sed ut quævis actio alieno nomine instituta hanc defensionem inducit, ita ad hanc defensionem postulandam, ut alterius nomine actio postuletur, edictum omnino exigit. Quo admonemur non exigi hanc defensionem ab eo, qui extra iudicium alicuius res administret. Idque eo fit certius, quod ex edicto non defendentis procuratoris pœna non alia est, quam ut denegetur ei actio; de quo postea. *L. mutus*. *§. pœna*, *D. de proc.* Quam pœnam constat nullam esse posse adversus eum, qui nullam actionem sibi dari postulet. Quapropter quod in *L. 3. C. eod.* scribitur eos qui res agunt heredum, ab administratione prohiberi, nisi conventi defendant heredes: eos qui agunt accipere debemus, eos qui iudicio agunt: & administrationem intelligere administrationem exercendarum actionum, a qua illi alioqui prohibeantur. Idque non modo non repugnantibus verbis rescripti, sed etiam hanc sententiam exigentibus. Non enim absolute illic scribitur, eos qui heredes defendunt, ab administratione prohibendos: sed additur; *secundum formam iurisdictionis*, quod valet secundum formam in iure dicendo usitatam; seu secundum formam, quam edictum perpetuum in iure dicundo præscribit. At ea forma est tantum, quam modo dixi, ut nec defendenti denegetur actio quam postulabat. Unde intelligitur ad alios, [7] quam ad eos qui actionem postulant, seu iudicio agunt, eam formam, eoque & prohibitionem illam ab administratione, de qua rescriptum loquitur, non pertinere. Non me movet quod tutor, qui ultro conventus pupillum non defendit, ut suspectus removetur a tutela. *L. ult.* in pr. *C. de adm. tut.* Multum enim inter tutorem & procuratorem quanvis omnium bonorum interest. Tutoris munus publicum est. In quo si quid delinquat ipse, est suspecti accusatio constituta, ad quam omnes admittuntur: proinde & creditores quibus agentibus tutor pupillum defendere recusat. *§. consequens*, *Inst. de susp. tut.* Procuratoris autem qualiscunque sit, munus privatum. In quo si quid delinquat, de eo solus dominus potest statuere. Hæc enim eo nomine adversus procuratorem actio datur: non etiam ulli alii privato, cum quo procurator nihil contraxerit.

X. Exigit deinde prætor eum, qui actionem postulet alieno nomine: ut si quis suo nomine agit, is alium defendere non debeat; qualis est etiam qui [8] populari actione agit: *d. L. mutus*, *§. in popularibus*, *D. eod.* si quis alieno, is defendere debeat omnem, cuius nomine agit. Quod posterius sic acceptum est, ut nihil intersit, alienam quis actionem sibi dari postulet alieno nomine; an vero postulet actionem suam, sibi sua conventione quæsitam, dum postulet item alterius nomine, puta quæsitam per caussam alienæ litis. De quo hæ species proponuntur in *L. non solum*, *§. 1. D. de proc.* Procurator creditoris cum pecuniam exigeret, delato sibi a

ut contra dominum exerceri posset, ita & contra Procuratorem. At quo tempore heres est, actio iam intercidit & nulla est, A. Fab. *ad d. L.* 37.

7) Aliter Gif. *ad d. L.* 3. accipiens eam de actore, seu dispensatore negociorum, quem idem *ad Rub. D. h. t. n.* 74. *& seq.* comparari Procuratori, tutori, curatori, institori, scribit; sed hoc distare, quod is actor servus sit, &c. Quæ expositio peccat in eo quod servum nomine domini, iudicio consistere & experiri permittit. Rectius forte accipiemus *d. L.* 3. de Procuratore negociorum universali. Nam generaliter ad negocia datus, censetur etiam ad agendum, vel defendendum *L.* 12. *de pact. C. qui gener.* 5. *b. t. in* 6. & facit *L.* 46. *§. ult. h. t.* Sic officialem principis agere posse, nomine domini sui pro caussis in officio suo contingentibus, scribit Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 2.

8) Gisan. *ib. n.* 8. Nam & publice interest, in populari actione admitti quenvis, citra onus satisdationis præstandæ, aut defensionis suscipiendæ, A Fab. *in d. L.* 43. §. 2. Atqui pater de dote agens & cavere debet, ratum habituram filiam, & defendere debet *d. L.* 39. § 3. Resp. etsi dotis actionem pater habeat suo nomine; ea tamen filiæ communis *L.* 2. *sol. matrim.* nec sine eius voluntate, moveri potest. Quare non potest agere suo nomine, quin agat etiam alieno, A. Fab. *ad d. §.* 3. Et idem hic periculum, ne reversa filia denuo agat, Gisan. *ib. n.* 23.

bi a debitore iureiurando iuravit absenti domino dari oportere. Deinde agit actione in factum ex caussa iurisiurandi. In quo ille actione sua, & quam contractu suo sibi peperit, utitur. Iureiurando enim contrahitur. *L. 5. §. 1. D. de pec. L. qui iurasse*, in fin. *D. de iurei.* Vel cum idem procurator institueret pecuniam petere, imploravit debitor ab eo aliquam moram solutionis; & ut impetraret, constituit se ei ipse pecuniam soluturum: quo nomine deinde procurator agit de pecunia constituta. Utitur & is in hac re actione sua. Nam ei recte constituitur, quod alteri debetur: daturque ei soli ex edicto eo nomine actio. *L. cum qui, §. quod exigimus, D. de pec. const.* Scriptum est in *d. L. non solum, §. 1.* procuratorem in utraque actione de rato cavere deberet Nihil adiicitur quidem de defensione. Sed cautione ratihabitionis admissa; citius admiserimus & hunc debere invicem dominum defendere. Cautio enim de rato satis indicat rem alienam agi; cum ea cautio illic solum exigatur, ubi periculum est, ne dominus cuius scilicet de re agitur, de eadem re iterum agat. *Inst. de satisf.* in pr. In re autem aliena semper æquum est neminem agentem eo nomine alia conditione admitti, quam qua admitteretur dominus ipse, si ageret: ac non admitteretur nisi hac lege, ut mutuæ petitioni adversarii responderet. Atqui hic procurator vere actiones suas sibi dari postulat, non alienas; quippe quæ domino quæri non potuerint, ut ibidem expressum est. Sed postulat alieno nomine, qui ideo petit, ut quod ex his consecutus erit, id domino cuius negotium geritur, restituat: quod & mandati iudicio restituere illi cogitur. *L. qui proprio, §. procurator, D. de proc.* Immo in *d. L. non solum, §. 1.* scriptum est hunc in his caussis non solum sua actione agere, sed etiam nominatim *suo nomine*. Sed horum utrumque recte dicitur [9] propriis rationibus. Actionem hic suam postulat, & suo nomine, si proximam caussam rei gestæ spectamus; sin summam, & ad quam unius hæc acquisitio & postulatio refertur, res plane geritur domini nomine: utpote ad quem huius commodum & incommodum redeat, ut dixi. Et vero in his caussis si exitum spectamus, ita res domini propria est, ut cum istæ actiones per caussam iudicii & litis alieno nomine institutæ procuratori quæsitæ sint, sic ipsi eo nomine competant directæ, ut domino [10] competant eodem nomine utiles, in quibus illic procuratori præfertur. *L. in caussæ*, in fin. *L. si procurator*, seq. *D. de proc.* Etsi ergo procurator in his caussis directas istas actiones sibi dari postulans proprias postulat: tamen revera postulat domini nomine, cuius in eo negotium agitur. Hoc autem satis, ut hic procurator ad edictum pertineat. Nihil enim amplius edictum exigit, quam ut quis actionem postulet alieno nomine, neque distinguit, utrum in eo alienam postulet, an vero suam.

XI. Sed tamen hoc semper relinquitur, ut actionem postulari oporteat alieno nomine. Hinc quæsitum de procuratore in rem suam dato, an si is mandatis actionibus experiatur, cogatur dominum qui eas mandavit, eo iudicio defendere. Sint, puta, alicui legatæ, donatæ, venditæ, in solutum datæ actiones, & ex his caussis a domino cessæ seu mandatæ: quibus ex caussis, & similibus is cui mandatæ sunt actiones, dicitur procurator factus in rem suam, ut supra pluribus exposuimus sub titulo, *qui procuratores esse non possint*. Quærimus, si actionibus his mandatis conventus reus a domino vicissim quid petere velit, an qui exerceat procurator in rem suam datus dominum defendere debeat. Nascitur ambigendi caussa ex conditione huius procuratoris. Nam is diversis rationibus recte dicitur agere alieno nomine, & idem rursum suo nomine agere. Si ius directarum actionum spectamus, alieno nomine agit. Nam hæ quanvis cessæ, iure tamen veteris domini manent & ex persona eius nunc exercentur. Sin spectamus & finem & commodum exercendarum, agit is suo nomine, non alieno: utpote ita mandatis actionibus, ut eas exerceret in rem suam; idest, ut commodum omne & incommodum ad eum pertineret. Hæc in *L. qui stipendia, C. de proc.* Hoc est ergo, quod quæritur in hac parte edicti, utrum horum accipi velimus in procuratore in rem suam

9) Sic A. Fab. *ad d. L. 39. §. 1.* Illic suo nomine quis experitur, & tamen tanquam Procurator, inspecta totius negocii origine, si actionem sibi quæsiverit quasi Procurator: non habiturus, si Procurator non fuisset. Nam in *d. §. 1.* agit propter suum iusiurandum, dominus enim non iuravit. Et iurando, non magis quæri potest domino actio, quam stipulando; imo minus, quia iusiurandum est personalissimum, quod animæ adhæret. Et hoc ipsum tamen, quod iuravit, fecit tanquam Procurator. Et Gifan. *ibid. n. 14. & seq.* Etsi, inquit, iuravit domino deberi, non sibi, hoc tamen proprium iurisiurandi, ut ad iurantem solum pertineat, licet eius utilitas, ad alium referatur. Ob periurii enim periculum, nemo iurat alieno nomine, sed suo, licet hodie pessimo more contra invaluerit: ita Gifanius.

10) Et sic accipienda *L. 9. §. pen. in fin. de iurei.* & conciliandа cum *d. L. 39. §. 1. vers. neque enim*, Gifan. *ibid. n. 15.* Pac. 2. *Enant. Q. 42.*

ſuam dato, ut ſciamus, ecquid ad edictum, necne; & ſi alieno nomine eum agere placet, cogatur dominum mandatarum actionum defendere: ſin placet agere eum ſuo nomine, non cogatur. Et de eo ita ſcriptum eſt in *L. ſervum*, 33. in fin. *D. de proc.* etſi quis in rem ſuam procurator interveniat, adhuc dicendum eſſe eum debere dominum cuius ex perſona agit, defendere: *niſi forte* [11] *ex neceſſitate fuerit factus*. In quo hanc diſtinctionem ineſſe apparet, ut procurator in rem ſuam datus, ſi quidem non ulla neceſſitate cogente factus ſit, dominum defendere debeat: ſin ex neceſſitate non debeat. Paulo poſt quæ ſit hæc neceſſitas, dicetur. Ante ipſa diſtinctio animadvertenda eſt: cuius prius membrum aliis locis plane refelli videtur: poſterius autem etiam a priore everti: ut merito adverſus eas dubitationes ante omnia ipſa nobis conſtituenda ſit.

XII. Primum dicimus procuratorem in rem ſuam non ex neceſſitate datum defendere debere eum a quo mandatas actiones accepit, falſum ex edicto: quo non exigitur defenſio iſta, niſi ab eo, qui alieno nomine actionem ſibi dari poſtulat. Procurator autem omnis in rem ſuam datus, undecunque & quacunque de cauſſa actionem ſibi ceſſam habeat, certe agit ſuo nomine, non mandantis. Neque longius probatio quærenda eſt, quam ex verbo. Inde enim dicitur procurator in rem ſuam, quod valet, in rem & proprium lucrum, quod agendo ſibi & ſuo nomine perſequitur, ut explicatur in *L.* 4. *C. de proc.* unde & in eo dicitur rem ſuam non alienam gerere. *d. L. qui ſtipendia*, *C. eod.* Et ſane negari non poteſt, quod iam dixi, ſi ſpectamus finem & exitum mandatarum actionum, quin procurator in rem ſuam datus hunc exitum ſpectans agat mandatis actionibus ſuo nomine. Sed non eo minus verum eſt, quod & ante dixi, ſi ius ſpectamus & præſentem ſtatum actionum, mandatas actiones quæ mandantis manſerunt, ex perſona eius exerceri. *d. L. qui ſtipendia*, *C. de proc.* Proinde & eius nomine a principio; etſi exitu id agitur, ut commodum ſub perſona & nomine mandantis perceptum ad agentem redeat. Unde & cui ita mandatæ ſunt actiones, dicitur procurator, cum adiuncto quidem, ut dicatur in rem ſuam, attamen ſemper procurator. Nullus autem procurator, niſi qui negotium alienum adminiſtrat domini mandatu. *L.* 1. *D. de proc.* Atque hoc potius ſpectari placuit, cum de domino defendendo agitur. Hic ergo obiiciuntur illi loci, quibus conſtanter traditur procuratorem in rem ſuam datum in contraria cauſſa haberi debere, quoties quæritur, utrum res eius habenda ſit, de qua agitur, an aliena: utrum ſuo nomine videatur agere, an alieno. Traditur, inquam, eum in hac quæſtione pro domino haberi, non pro procuratore: haberi pro eo, qui rem ſuam & ſuo nomine agat, non alienam, aut alieno nomine. Ut puta, militem & fœminam conſtat alieno nomine actionem movere, aut alienam defenſionem ſuſcipere non poſſe. *L. militem*, *L. alienam*, *C. de proc.* Placet tamen ambos ſi mandatæ ſint his in rem ſuam actiones, & hoc modo procuratoris in rem ſuam facti, recte actiones mandatas exercere: ubique reddita hac ratione, quia alieno negotio non fungantur; rem ſuam agant, & ſuo nomine. *L.* 4. *L. qui ſtipendia*, *C. eod.* Quinimmo ſi in litem movendam concurrant dominus, & procurator in rem ſuam datus, placet hunc ut in re vere ſua dominopræferri. *L. procuratore in rem ſuam L.* 55. *L. quæ omnia*, 25. in fin. *D. de proc.* Sed & hoc idem adverſus eum obſervatur, ſi res poſtulet. Nam cum in propria cauſſa tantum biduum detur ad appellandum, in aliena triduum: viſum eſt procuratori in rem ſuam dato ſolum biduum obſervari tanquam propria in cauſſa: utpote cuius commodum vel damnum ad eum ſuo nomine pertineat. *L.* 1. *§. in propria*, *D. quand. appel. ſit.* Et ita res habet: in cæteris cauſſis omnibus quod cum commodo incommodove procuratoris in rem ſuam dati fiat, ſemper is pro domino litis habetur; ſemper is qui rem ſuam agat, & ſuo nomine. In hac una re non habetur, cum poſtulatur ab eo, ut dominum defendat. Non ſane quod

non

11) Vulgo hoc ita exponunt, ſi ceſſæ actiones, ex cauſſa oneroſa. Et ita quoque diſtinguit Giſan. *ad d. L.* 33. *§. ult.* quod ſi ex cauſſa lucrativa mandatæ actiones, cogatur defendere *d. L.* 33. *§. ult. L.* 70. *h. t.* ubi cauſſa fideicommiſſi eſt. Rationem eſſe in æquitate naturali, ut qui commodum ſentit, onus non detrectet, & qui beneficio ab aliquo affectus, defenſionis præſtet officium. Si vero ex neceſſaria, ſeu non lucrativa, non cogi, niſi in fraudem negocium geſtum *d. L.* 34. Quam diſtinctionem refellit A. Fab. 12. *Coniect.* 10. & ad *d. L.* 33. *§. ult.* Quia contractus omnes, ab initio, voluntatis, etſi poſtea neceſſitatis eſſe incipiant. Et ſuccurritur ſane neceſſitati, ſed niſi quis ſe ipſum ſponte in eam coniecerit *L.* 7. *§.* 8. *Qui ſat. cog. L.* 14. *de fidei. L.* 3. *de ſepar.* Ac regula eſt, quod ex qua perſona quis agat, eius factum præſtet *L.* 149. *de R. I.* cui non eximitur cauſſa oneroſa. Nam quæcunque cauſſa ſit, perinde eſt, ſi Procuratorio nomine agitur, ac ſi ipſe agat, qui mandet. Ac licet æquum non videatur, ut alienis litibus implicetur Procurator in rem ſuam, qui cauſſam ſuam agit, ſibi tamen imputet, cur mandatis actionibus detectis, nomine alieno experiatur, cum utilibus poſſit, proprio. Denique verba *d. L.* 33. *§. ult.* indefinite concepta: & incongruum, regulam coarctari ad cauſſas rariores, exceptionem vero ſubiectam continere crebriores, quando longe ſæpius mandari ſoleant actiones ex cauſſa oneroſa.

non pariter in omnibus caussis id agatur inter dominum & procuratorem in rem suam datum, ut actio mandata sit propria procuratoris, unde & is in rem suam, ideoque & suo nomine experiatur: sed quod in cæteris caussis hæc conventio servari potest sine adversarii iniuria: in defensione autem domini detractanda non potest. Nam si procurator in rem suam datus mandatas actiones exercens, eum a quo mandatæ sunt, defendere non cogitur: eveniet ut sit in potestate domini alio actore sibi substituto omnem sui mutuo conveniendi potestatem reo adimere. Sic enim fiet, ut neque conveniri possit procurator, quem negamus cogi defensionem suscipere: neque dominus, qui ipse non agat. Semper autem probandum est æquum esse, quod is cum quo agitur haberet si dominus ipse ageret, id etiam illi tribui alio in locum domini substituto. Proinde sicut dominus si ipse ageret, se mutuo defendere deberet: ita si alium dat vice sua procuratorem, eum quoque & a procuratore defendi. Verum est igitur prius illud superioris distinctionis membrum, procuratorem quanvis in rem suam datum, dum non ex necessitate datus sit, nihilominus ipsum æquum esse dominum defendere: cuius ex persona & nomine actionem ab initio postulari constat.

XIII. Sed hoc admisso videtur everti membrum posterius. Nam & qui ex necessitate in rem suam procurator factus est, non minus & ipse alienam actionem ab initio, & alieno nomine postulat: Est enim unus & idem procurator mutuo inter dominum & ipsum consensu constitutus. Neque huic ex necessitate mandatæ actiones magis fiunt eius, quam fiunt eius, cui nulla necessitate mandatæ sunt. Quare si in priore procuratore mandatum domini non potuit adimere reo potestatem dominum mutuo conveniendi, quin is a procuratore defendi deberet: non debet ne in posteriore quidem adimere, cui non alio modo, quam superiore domini consensu, neque dissimili effectu mandatæ sunt actiones. Sed non recte hi procuratores in hac re comparantur. Sane enim hoc conveniunt, quod ambo pariter ex consensu actiones accipiunt, nec magis actiones mandatæ fiunt unius, quam alterius. Verum hoc distant, quod prior sua voluntate actiones mandatas suscipit, non ulla necessitate: posterior suscipere necesse habet. Iniquum esse visum est nocere procuratori id, quod necesse habuerit facere. Huius ergo necessitas est excusata, ne quod nolit & ei noceat, cogatur suscipere. Neque novum est subveniri hominibus in iis rebus, quas suscipere necesse habuerint, in quibus non subveniretur, si eas sponte non ulla necessitate cogente suscepissent, exempla in *L. si fideiussor*, §. 1. *L. de die*, §. *tutor*, *D. qui sat. cog.*

XIV. Superiore distinctione constituta necessario quærendum est, quis dicatur procurator ex necessitate in rem suam factus: ex quo etiam quis non sit ex necessitate intelligetur. Et procurator ex necessitate fieri intelligitur partim iudicio, partim extra iudicium ex consensu. Iudicio; si cui sententia iudicis alienæ actiones adiudicatæ sunt, ut fit in iudicio familiæ erciscundæ, cum commodioris exactionis caussa iudex uni alicui ex heredibus credita pro solido attribuit, qualis adiudicatio commemoratur in *L. 3. D. fa. erc.* Necessaria hæc actionum susceptio est: eum rebus iudicatis standum sit, ubi non sit caussa cur appelles. *L. cum prolatis*, *D. de re iud.* Extra iudicium; cum quis necessitate rei familiaris cogente, actiones sibi mandatas accipit; quibus scilicet non acceptis futurum sit, ut aliquid de suo admittat, aut certe in periculum amittendæ rei suæ veniat. Talis est tutor, cui a pupillo tutelæ actio cessa est adversus cæteros contutores eo quod tutor coactus solidum pupillo solvisset, cum cæteri non essent solvendo. *L. 2. C. de divis. tut.* *L. cum interdictæ*, *C. arb. tut.* Talis fideiussor cessis sibi a creditore actionibus adversus cæteros fideiussores ob eandem caussam, quod scilicet in solidum conventus, quia cæteri solvendo non essent, solidum solvisset. *L. cum alter*, *C. de fid.* In eodem numero habetur Caio emptor hereditatis, cui a venditore eodemque herede mandatæ sunt hereditariæ actiones, quas tanquam procurator in rem suam factus exerceret. De hoc quidem ille ita scribit, in *L. si quis in rem*, 34. *D. de proc.* ut neget eum oportere invicem dominum eumdemque heredem defendere, si modo bona fide & non in fraudem eorum debitorum; qui invicem cum venditore agere vellent, gestum sit negotium. Non dubium, quin responsum sit ex superiore sententia, qua placet [12] procuratorem in rem suam ex necessitate factum non cogi dominum

[12]) Recte. Quomodo non necesse est in *d. L.* 34. pro *procuratorio* substituere *proprio*, ut A. Fab *ib. & 12. Coniect.* 10. quasi eo ipso, quod nominatim loquatur Caius de emptore hereditatis, arguatur eum tractare de illo, qui proprio nomine agere possit, & agat. Quæ, quam consequentiam habeant, non percipio. Neque enim imo de hoc specialiter loquitur; sed generaliter de Procuratore in rem suam; tantum exemplum, quo regulam non restringi notum

minum defendere: quasi & in hoc numero sit emptor hereditatis. Unde & id responsum superiori sententiæ quæ exstabat in *extremo leg. præced.* recte subiicitur. Et merito hic emptor in eo numero habetur. Etsi enim ab initio hereditatem sua voluntate emit, non ulla necessitate rei familiaris cogente, cum potuerit sine detrimento rei suæ non emere: tamen postquam emit, transit illi res in necessitatem actionum exercendarum, nisi velit earum commodum, & una cum hoc etiam pretium hereditatis sibi perire. Hanc necessitatem, quæ postea secuta est, spectamus in hereditariis actionibus potius, quam initium emptionis: quia hereditas ab initio empta est, non actiones hereditariæ. Hæ quidem secutæ sunt per consequentiam, quia sunt ex hereditate. Sed prima caussa & finis emptionis fuit, ut emeretur hereditas; quæ sine ullis actionibus esse potuit. Nos quod principaliter geritur, spectamus, non quod per consequentiam aliud agentibus accidit. *L. 1. D. de auct. tut.* Sed hæc ita sunt, inquit Caius, *si hic negotium gestum sit bona fide & non in fraudem eorum qui invicem agere vellent.* Quod sic interpretandum est, dummodo emptio vere contracta sit, non simulate, dum hoc [13] agitur, ut heres qui se vendere dicit, dominus maneat, ut ante; & tamen per eum qui emptor dicitur, sic experiatur, ut ab iis quibuscum agitur, non possit conveniri neque ipse qui non agit, neque procurator, qui fingitur suo nomine agere quasi emptor hereditatis. Qui sic emit hereditatem, merito iubetur dominum invicem defendere: quia re vera non emit. Contractus enim imaginarii contractus non sunt, nec iuris vinculum obtinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate, *L. contractus, D. de obl. & act.*

XV. Quæ si vera sunt, iam e converso intelligitur non esse eum ex necessitate procuratorem in rem suam factum, qui nec iussu iudicis mandatam actionem accepit, nec extra iudicium ita, ut ea non accepta quidquam de suo cogeretur amittere, aut eo nomine periclitaretur, quo dici posset necessitate aliqua rei familiaris tuendæ accepisse: cuiusmodi est, si cui actio legata sit, & ei ex caussa legati cessa. In qua specie ideo respondit Scævola legatario non aliter [14] mandatam actionem dari, quam si defendat heredes, a quibus ei actiones mandatæ sunt. *L. pater, D. de proc.* Quo exemplo idem dicemus de iis, quibus actiones ex caussa donationis, emptionis, pronuntiationis cessæ fuerunt. Sed meminerimus superiori isti distinctioni locum esse in eo procuratore in rem suam dato, qui directis actionibus sibi mandatis experiatur: ex persona scilicet eius, qui eas mandavit, eoque & procuratorio nomine. Qua ratione incipit hic procurator verbis edicti contineri. Cæterum procurator in rem suam factus, cui actio empta, donata, legatave est, præter directas actiones habet & ipse utiles, easque & ex persona sua & suo nomine. *L. emptor, L. ex nominis, C. de her. vel act. vend. L. ex legato, C. de legat. L. procuratore in rem suam dato,*

tum est, ponit in emptore hereditatis, per voculam, *veluti*. Et quia, ait Faber, verbis edicti tenetur, si alieno nomine agat, neque tunc de fraude quærendum, sed quando stricta ratio emptori favet, ne teneatur defendere. Resp. etsi verbis edicti hic teneatur, interpretatione tamen prudentium, ex sententia excipitur. Et hic itaque inquirendum de fraude, non an in fraudem cessio actionum facta, quæ emptionem subsecuta: (neque enim ipsa venditione actiones transferuntur, sed ad præstandas eas ex empto agitur *L. 2. §. 8. de her. vend.*) sed an ita ipsa emptio celebrata. Ac sane fatetur Faber, ex necessitate factum dici, si necesse habuerit, mandatas actiones exercere, quod utiles non potuerit; item si aliter, suum consequi non potuit, quam accipiendo in solutum mandatas actiones. Atque hic æque, initium voluntarium videtur. Quanvis enim necessitas coegit, ita in solutum accipere, nisi debito suo excidere velit, si cedenti alia bona non sint, unde ipsi solvi possit: Nulla tamen necessitas coegit ab initio contractum eum inire, unde is, qui postea cessit debitor effectus. Non absimili modo in *d. L. 34.* libera quidem voluntate, hereditatem emit: ast postquam emit, necessaria ipsi, actionum hereditariarum cessio & exercitio, ne alias, periculum amittendæ rei suæ incurrat. Et ita hic, pariter, ut ille, qui forte vendidit, vel mutuo dedit, non quidem emptor hereditatis est, Procurator in rem suam ex necessitate factus est. Plane hoc recte Faber contra Castrensem eum, qui lucrativam caussam habuit, ut, cui donata centum, etsi illa centum aliter consequi non potuerit, quam cesso nomine alicuius, totidem donatori debentis, ex necessitate factum, non recte dici, proinde cogi, si agat, donatorem defendere. Non, quo movetur Faber, quod initio inspecto, liberalitatem in eum conferri, collatamque agnosci, nihil necesse. Eadem enim ratio adaptari posset caussæ onerosæ. Sed quia, non æque subveniendum adventitio lucro, uti repetitioni *L. 41. de R. I.*

13) Potest & in fraudem geri, si vere quidem vendidit, sed consilio eludendi creditores hereditarios, conscio emptore, ut si postea peregre abeat, Gisan. *ad d. L. 34. in fi.* quia tunc alias, nec emptor conveniri posset *L. 2. C. de her. vend.* nec venditor absens. Item si post eam venditionem, non solvendo reddatur *tit. Quæ in fraud. cred.* A. Fab. *ibid.* Sed verius est, hoc casu potius rescindi venditionem, actione Pauliana, tametsi fortassis creditores, iidemque alia ratione debitores, si rescissionem non postulent, sed conventi ab emptore, actiones mutuas, eum excipere velint, audiendi sint.

14) Ubi, nomine alieno agit fideicommissarius. Negatur quippe, ei aliter dari non actio simpliciter, sed mandata actio, id est directa. Utilis, etsi ex caussa mandati habetur, non tamen ipsa mandata est. Pugnantia enim hæc, mandatam actionem esse & suo nomine exerceri. Non vero placet, quod A. Fab. *in d. L. 70 & 12. Coniect. 10.* inde probat, ibi non actum fuisse utili actione, quia nec potuerit. Cum & si ex legato nominis, utilis actio data *L. 18. C. de leg.* non tamen ad fideicommissa iure civili incognita, rescriptum D. Pii, de quo *L. 16. de pact.* protractum fuisse.

dato, *D. de proc.* His si [15] utitur, cui actiones mandatæ sunt, eum sibi competentes actiones dari postulet, & vere postulet iam ab initio suo nomine: perspicuum est eum ad edictum non pertinere. Proinde neque his utentem quemquam alium defendere debere.

XVI. Summa iam sit hæc: Si quis alieno nomine agit, omnem ex edicto in ea caussa esse, ut eum cuius nomine agit invicem defendere debeat, desiderante reo cum eo experiri. Ipsos adeo in hac caussa esse procuratores in rem suam datos mandatis actionibus utentes, extra quam si ex necessitate facti sint. Hoc differre in hac defensione tutores & curatores a cæteris, puta procuratore, actore syndico civitatis, quod cæteri ut defendere dominum debent, ita etiam satisdant eo nomine iudicatum solvi. *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *de proc.* Tutores & curatores pupillorum aut adolescentium suorum nomine agentes sic eos invicem defendere coguntur, ut non onerentur ulla necessitate satisdationis. Cautum in *L. ult. §. defensionem*, *C. de adm. tu.*

XVII. Postquam qui alieno nomine agit, iubetur dominum invicem defendere, videamus, quæ sit hæc necessitas istius defensionis. Quid enim, si defensionem suscipere nolit? Et non alia necessitas hic ei imponitur, quam ut si se ad agendum admitti velit, dominum defendat: si non defendit, pœna sit hæc, ut quemadmodum non præstat, quod ab eo desideratur; sic nec præstetur ei, quod postulat. Et in summa, non defendentis procuratoris pœna est hæc, [16] ut denegetur ei actio. *L. mutus*, *§. pœna*, *D. de proc.* Quod & edicto perpetuo expressum fuisse traditur in *L. actionem*, *C. eod.* Quid tamen, si is qui alieno nomine acturus erat, desiderante reo mutuo eum domino experiri, ultro ab initio satisdederit se dominum defensurum, & iudicatum soluturum: deinde post agat, neque velit iudicium nomine domini suscipere? An cogendus est suscipere, an vero sufficiet ob rem non defensam stipulationem committi, agique ex ea solum in id quod stipulantis interest? Movet, quod omnium faciendi obligationum hæc conditio est, ut si factum non sit, quod promissum est, non alia hic sit actio aut condemnatio, quam in id ipsum quod interest. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de ver. obl. L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Et scriptum est in *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *de proc.* nihil facere stipulationem de domino defendendo a procuratore actoris interpositam, quominus si agit, & ipse compellatur iudicium accipere, denegata ei non defendenti actione. Et recte: generaliter enim sic pœna edicti concepta est, ut ei qui dominum non defendit, actionem denegari oporteat: neque distinguitur, utrum non satisdederit prius, an vero satisdederit. *d. L. actionem*, *C. de proc. d. L. mutus*, *§. pœna*. *D. eod.* Quid, quod qui promisit se dominum defensurum, neque id præstat, in maiore culpa est, eoque dignior, qui edicti pœnam subeat? Nihil ad rem pertinet superior conditio stipulationum faciendi. Sane enim si quis ea stipulatione uti velit ad cogendum procuratorem ad defendendum, non aliud consequi possit, quam non defendente procuratore id quod sua interest. Sed adversus hunc alia pœna constituta est, cuius metu cogatur dominum defendere: nempe hæc, ut non defendenti denegetur actio. Hæc [17] pœna manet adversus eum: & quidem maxime, etiam post interpositam ab eo stipulationem.

XVIII. Atqui in *L. non cogendum*, *§. 1. D. de procur.* refertur Sabini sententia, quam & Paulus probat, statuentis eum quis satisdedit, iudicatum solvi, nullas esse prætoris partes ad compellendum eum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse. Sed hoc de eo promissore scriptum est, [18] qui non cogitur defendere absentem; tamen iudicatum solvi satis-

15) Et tunc non cogi defendere, nec si lucrativam caussam habeat, omnes fatentur, excepto Castrensi, ait A. Fab. 12. *Conject.* 10. *pag.* 112. Verba enim hic edicti deficiunt. Et facit *L. 70. h. t. ut N. prac.*

16) *L. 7. de op. no. nunt.* Ratio dubitandi: Pœna debet sequi actorem. Hæc vero cedit damno domini absentis, maxime si dies actionis temporalis interea exeat. Ratio decidendi. Pœna non latius pateat delicto. Et in eo ipso puniendus quis, in quo deliquit, non in aliis *L. 11. de his qua ut indig. L. 39. ad L. Falc.* Ergo & hic eatenus, ut non sit Procurator. Ad rationem dubitandi resp. (1) indemnis dominus, actione mandati contra Procuratorem. (2) Sibi imputet, cur talem elegerit *L. 23. in fin. de minor.* belle A. Fab. *ad L. 43. §. 4. h. t.*

17) Recte. Sed & præterea puto hoc casu, aliis quoque remediis prætoriis compelli posse, nempe pignorum capione & mulctæ dictione, Gifan. *ad d. §. 3. vers præter. n.* 22. Nam si recusat iudicium accipere, iniuriam quoque facit prætori, cuius auctoritatem contemnit. Etsi itaque per stipulationem commissam, satisfieret adversario, non tamen prætori, A. Fab. *in d. §. 3.* vers. *compellendum*. Ac certe *in d. vers.* verba: nisi agere *caussa cognita* recusaverit, omnino probant, quod nec si desistere velit ab actione, audiendus sit, nisi ex caussa iure probata, quæ *in L. 9. & seq. h. t.* Et ita Wurmser. *T. 5. Obs. 6.* cautione hac præstita, a Procuratore præcise cogi defendere.

18) Ita & Gifan. *ad L. 43. §. ult.* iunct. *d. L. 45. pr. h. t. n.* 18. Et convenit Cuiac. 22. *Obs.* 13. Alia ratio est Procuratoris ad defendendum dati a reo, pro quo is iudicatum solvi satisdedit. Nam hic compellitur *L. 8. §. 3. L. 15. h. t.* omnimode. Cuiac. *d. loc.* scilicet remediis prætoriis, pignoribus captis & pœnarum comminatione. Quia in

fatisdedit defendendi absentis gratia. De eo enim totidem verbis posita erat quæstio a Paulo in *L. mutus. §. ult.* de qua deinceps respondetur ab eo continenter *ibidem*, & in *d. L. non cogendum*. Qui absentem defendere non cogitur, is est defensor rei, qui primum ad reum defendendum accedit. Nemo enim invitus alienam defensionem suscipere cogitur. *L. invitus, C. de proc.* De hoc defensore vere dicitur, si satisdederit defendendi absentis gratia, nullas esse prætoris partes ad eum compellendum defendere. Non enim potest prætor denegare actionem ei, qui alieno nomine actionem non postulat. Sola adversus eum superest stipulatio. At hæc ex iure certo non committitur ad præstationem facti, sed in id quod stipulantis interest factum fuisse id de quo cautum erat. Alia caussa est eius qui alieno nomine agit. Is ex edicto cogitur dominum defendere. Et cogendi ratio est in potestate prætoris. Placet enim non defendenti denegari actionem. Hanc autem denegare est prætoris, cuius est & dare. *L. sed etsi, §. ait, D. ex quib. causs. maior.*

XIX. Sed sciendum est omnem hanc defensionem exigi a procuratore actoris in exordio litis, lite nondum contestata: dum scilicet reus, cum quo alieno nomine agitur, ita procuratorem agentem admittit, ut dicat paratum se esse excipere eius actiones, sed & sibi esse cum domino eius actiones mutuas illas aut illas, quibus item contra velit cum illo experiri, petere se ut illum defendat, & sibi prius eo nomine satisdet. Hic, inquam, illa defensionis & satisdationis necessitas imponitur, quam huc usque diximus. Quod si reus passus sit litem secum contestari a procuratore actoris omissa mutuæ defensionis postulatione, frustra postea defensionem a procuratore desiderabit: quæ si postulabitur, non eo magis cogetur procurator dominum defendere, & nihilominus cœptum cum eo iudicium consistet. *L. unica, C. de satisd.* Et est sane hæc postulatio defensionis, exceptio quædam procuratoria, comparata ad removendum procuratorem agentem, nisi dominum defendat. Generaliter placuit omnes exceptiones dilatorias, qualis est procuratoria, initio litis opponi debere. In lite contestanda omissas postea repeti non posse. *L. penultim. L. ultim. C. de exceptionib.* Atque hæc de priore genere præstationis dicta sunt, quam exigi proposuimus ab eo, qui alieno nomine agit. In quo genere est domini defensio.

XX. Alterum est genus præstationis, quod ab eodem edictum exigit, ratihabitionis satisdatio. In quo quid exigatur, cognitis de hac parte verbis edicti intelligetur. Verba edicti hæc sunt: *cuius nomine quis actionem sibi dari postulabit, is ei quo nomine agit, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* Quibus verbis quinque hæc comprehensa licebit observare; satisdationem primum; tum in hac satisdatione quis, cui, quid cavere debeat, & quando.

XXI. Ait prætor, *satisdet*. Iam dixi satisdare esse, cavere quid alicui adhibitis fideiussoribus, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui sat. cog.* Est autem cavere, stipulanti quid promittere. Unde cautio usitate pro stipulatione. *L. sancimus, C. de verb. sign.* Sic fit, ut non omnis cautio & repromissio sit satisdatio, quia non omnis cautio fideiussores adiunctos habet, rem propriam solius satisdationis: at omnis satisdatio sit cautio, & satisdare sit cavere, ut semper genus recte dicitur de sua specie. Ex quo est, quod toties legimus exigi ab eo qui alieno nomine agit, ut caveat de rato, exigi a procuratore actoris cautionem ratihabitionis. *L. non solum, §. 1. L. Pomponius, §. sed & si, D. de proc. L. 1. C. eod. L. 2. §. ult. L. si cum dotem, §. si patri, §. si soluto, D. sol. mat.* In quibus tamen omnibus non nudam cautionem, sed satisdationem de rato accipere debemus ex edicto. Qua de caussa & hæc ipsa cautio alibi dicitur & cautio, & simul ratihabitionis satisdatio. *d. L. Pomponius, §. ult. de proc.* Neque ideo quæ satisdatio dici debuit, non recte dicitur cautio, cum ut dixi omnis satisdatio sit cautio. Sed nec quia cautionis verbum simpliciter hic positum est, ideo

in hoc neque locus est denegationi actionis, cum actionem non habeat, neque præstationi eius, quod interest, ex commissa stipulatione, quia non ipse satisdedit, sed dominus pro eo. Quare necesse est, eum alio modo compelli, ne impune actor eludatur, & reus, qui constituit eum, decipiatur, A. Fab *ad d. §. 3.* Pac. a. *Enant. Q.* 31. Bron. 1. *Ass* 53. Male vero Petr. Grangia. *Paradox. C.* 9 ita conciliat, quod *in d. L. 45. pr.* sola sit stipulatio, pro re defendenda, quam satis sit committi ipsa detrectatione iudicii, ut ad id quod interest teneatur. In *d. L.* 35. §. 3. autem cautio, iudicatum solvi, ideoque compelli, ut iudicium subeat, ne decipiatur, qui satis accepit, quia alias, sententia sequi, & stipulatio committi non posset. Quomodo enim iudicatum solvetur, ubi nec iudicatum est, nec iudicari potuit. Speciosa hæc imperitis, sed inania. Nam & *in d. L. 45. pr.* non minus de iudicatum solvi cautione agitur, ut liquet ex connexione cum *§. ult. prec. L.* 43. Et imo iudicatum solvi cautio committitur, etsi nec iudicatum fuerit, videlicet non ex priori, sed secunda clausula, ut *C. seq.* Nec peculiaris est stipulatio prætoria de re defendenda, sed clausula tantum, & membrum illius, quod tacite inest.

ideo de nuda cautione interpretari debemus ex præscripto *L. sancimus*, *C. de verb. sig.* quia id ita faciendum est, nisi ius certum constitutum sit, quo res explicetur, declareturque in ea specie cautionis de qua agitur, satisdationem exigi: ut sit, quoties exigitur a procuratore, ut caveat rem ratam haberi, quo in genere certum edictum est, quod hic satisdationem iniungit. Ait *satisdet is qui alterius nomine actionem postulabit*. His verbis qui contineantur, supra expositum est. Sed boni viri arbitratus qui subiicitur, ex his quosdam excipit: de quo postea suo ordine. Ait, *satisdet ei quo nomine agit*. Id est reo. Nam cui alii caveri potest aut debet dominum rem ratam habiturum, quam ei cum quo agitur; cuius solius caussa apparata est hæc cautio, ne dominus de eadem re iterum cum eo agat? *Inst. de satisd.* in pr. Neque parum apte significatur reus hac oratione, *is quo nomine agitur*. Non enim significatur is cuius nomine agitur: alioqui dominum intelligeremus, cui certe procurator eius nihil cavet, minime autem eum ratum habiturum: cum neque dominus a quoquam postulet, ut ipse quid ratum habeat: & frustra ab alio exspectaret, quod ipse sibi possit præstare. Sed significatur is propter quem agitur: quasi dicas, is propter quam caussam agitur, seu qui in caussa est, cur agatur. Is autem est reus. Ideo enim agitur, quia is actori se adversarium in iudicio præbet, sine quo nulla nunc institueretur actio, & nullum nunc iudicium foret. Ait, *satisdet eum, ad quem ea res pertinet, ratam habiturum id*, repete quod præcesserat, *quo nomine agit*. Is ad quem ea res pertinet, est dominus litis, cuius nomine nunc agitur. Ac de eo dumtaxat hic cavendum, neque continentur his verbis ceteri creditores, ut declaratur in *L. non solum*, *§. quæritur*. Ceteros creditores accipere debemus non domini, sed eius cum quo nunc agitur: qui eum eo qui nunc agit, collati recte dicuntur ceteri creditores: quoniam & ipse qui nunc agit, eiusdem debitoris creditor est. De ceteris autem creditoribus ideo superius a veteribus adiectum est, quia poterat & de his dubitari. Vere enim & ad ceteros creditores pertinet, quid eum debitore agatur: qui si uni præstando desinat esse solvendo ceteris, aperte ceterorum detrimentum est. Sed non ideo ceteri creditores continentur superioribus verbis. Sane enim ad ceteros creditores dici potest, pertinere debitoris res: at non ea res, de qua agitur. Hæc enim pertinet ad solum dominum, qui de ea agit per procuratorem, non [19] ad creditores alios debitoris, quibus qui nunc agit, nihil debet. Nunc autem hanc ipsam rem edictum notat. Non enim dicit prætor eum ad quem res debitoris pertinet; sed eum ad quem ea res pertinet; indicans eam de qua prius locutus erat: eum autem dixerat, quo nomine agitur. Itaque ut uno verbo dicamus, iubetur is qui alieno nomine agit, cavere dominum litis rem de qua agitur ratam habiturum. Ratum habere est comprobare & agnoscere quod actum est a falso procuratore. *L. quo enim*, *§. 1. D. rem rat. hab.* Cautio huc spectans, ut cum dominus ratum habuerit, amplius ei de eadem re agere non liceat; atque ita fiat, ut iudicium cum reo interpositum per procuratorem tam ratum sit, quam si dominus ipse per se expertus fuisset. Qui finis & ratio est huius satisdationis exigendæ. *Inst. de satis.* in pr. Cavebat autem procurator dominum ratum habiturum id, repete, ut dixi, *quo nomine agit*: id est eam rem, propter quam, seu de qua agit: ut appareat illa verba, *quo nomine agit*, commodissime brevitatis caussa, posita esse, ut tam referrentur ad reum, propter quem agitur, quam ad rem de qua agitur, quam a domino ratam haberi oporteret.

XXII. Ait, *satisdet boni viri arbitratu*. Hæc verba, *boni viri arbitratu*, prout sunt adiuncta, ita significationem variant. Ut in superiore clausula edicti, prius adiecta defensioni; nunc adiecta satisdationi ratihabitionis aliam atque aliam sententiam exprimunt. Adiecta defensioni referuntur ad defendendi modum: nunc satisdationi adiecta referuntur ad tempus satisdandi. Estque utrobique hæc sententia: cuius nomine quis aget, is eum boni viri arbitratu defendat: idest defendat eo modo, quo vir bonus arbitrabitur defendi debere: puta, ut iudicium suscipiat: ut dolus ab eo absit; ut iudicatum solvat; ut istarum rerum nomine satisdet, ut ante ostendimus. Cum autem cavetur, ut idem dominum rem ratam habiturum boni arbitratu satisdet: hoc caveri intelligitur, satisdet non eo modo, quo vir bonus arbitrabitur; nam de modo satisdandi satis superio-

19) Interest vero eorum, non principaliter, sed per consequentias, quæ non valde curantur *L. 1. de auct. tut.* Ant. Fab. *ad d. §. 2.* Et si per hoc desinet, solvendo reus, imputent sibi reliqui creditores, quod non ipsi prius egerint, quia ius vigilantibus scriptum. Gitan. *ibid. n. 20.*

perioribus verbis edicti comprehensum est: sed satisdet tunc, cum vir bonus arbitrabitur pro commodo rei ita satisdandum esse: neque enim semper hæc satisdatio a procuratore actoris exigitur. Quando igitur procurator actoris pro boni viri arbitratu satisdare debet dominum ratum habiturum? Tunc cum hæc cautio necessaria est reo. Quod si non est necessaria, iniquum est, eoque & boni viri arbitrio contrarium procuratorem superflua cautione onerari. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. seu fid. nom. cau.* Et iniquum ideo, quod malitiose quis sibi præstari postulet, quod eo spectet, non ut petenti prosit, sed solum ut officiat adversario. Eleganter Celsus malitiis id genus negabat esse indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vindic.* Et hoc citra controversiam boni viri arbitrio convenit.

XXIII. Proximum est igitur, ut quæratur, quando videatur hæc cautio reo necessaria. Et non minus hoc constat tunc esse necessariam, cum periculum est, ne re cum procuratore acta, sive reus sententia iudicis absolutus erit, sive condemnatus procuratori solverit, dominus quod actum est, ratum non habeat, eoque & de eadem re iterum agens iudicium prius reo irritum constituat. Ita fit, ut sit hoc quoque huius cautionis pro boni viri arbitratu exigendæ tempus, cum reus [20] id periculum metuet. Quod & verum est eamque unam eius cautionis introducendæ rationem Iustinianus posuit *Inst. de satisd.* in pr. Quocirca res huc redit, ut quærendum sit, quando periculum sit, ne dominus suo iure iterum agat: quo solo tempore huic cautioni locus futurus est. Id vero si in universum dicendum, est tribus modis accidit. Primum si fateatur procurator sibi mandatum nihil esse. Secundo si dicat sibi mandatum esse, sed non probet. Tertio, si probet, sed eius probationis fides non sit in potestate rei, ut eam exponere possit, cum secum iterum agetur. Sed primus modus ad hanc cautionem non pertinet. Cum enim constat ei qui alieno nomine agit, mandatum nihil esse, sic quidem is agens domino quandoque de ea re actore non nocet, ut nec ipse quoque ab initio invito adversario ad agendum admittatur, quantunvis satisdationem de rato offerat; exceptis quibusdam personis, & quibusdam caussis: de quo superiore capite dictum est. Nunc autem omnis quæstio est de eo, qui alieno nomine agens admittatur ex edicto, dum hoc saltem caveat dominum rem ratam habiturum. Ita relinquitur, ut ad eum solum pertineat hæc cautio, qui dicat sibi mandatum negotium, sed an sit mandatum, incertum sit. Quod & definitum est nominatim in *L. 1. C. de proc.* in hæc verba: *cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit*. In quo quomodo id incertum accipiendum sit, magnæ sunt dissensiones.

XXIV. Nos statuemus id incertum fieri duobus illis modis posterioribus, quos supra attigi. Uno; si is qui alieno nomine agit, sibi mandatam actionem dicat, sed, desiderante probationem reo, non probet. In re enim non probata negatio sola eius cum quo agitur, rem dubiam facit. *L. 3. C. quib. ad lib. procl. non lic.* Ergo hoc casu ratihabitionis cautio a procuratore sine dubio exigetur.

XXV. Sed prima hic quæstio est, an ut quisque sibi mandatam actionem affirmat, nec de mandato quidquam probat, oblata ratihabitionis satisdatione admittatur. Nam si non admittitur, ne hic quidem in ista incertitudine cautioni ratihabitionis locus erit, invito adversario. Negat admitti Bartolus, qui aliquam probationem mandati, si non plenam, at certe qualemqualem exigit, puta vel unius testis, vel eius instrumenti de cuius fide dubitetur. Idemque communiter sentire alios scribit ad *L. non solum*, § 1. *D. de proc.* Melius Accursius ibidem, qui eum admitti, & in hac controversia cautioni de rato locum esse existimat. Id quidem edicti verba efficiunt, quæ nihil amplius exigunt, quam ut quis alieno nomine actionem sibi dari postulet, voluntque dari, si satisdet dominum rem ratam habiturum, dum modo nulla alia res aperte agentem removeat

20) Atque hinc, opinor, ratio petenda *ad L. 39. §. 4. hoc tit.* cur pater, iniuriarum agens, filii nomine, de rato non caveret. Quia videlicet hic nullum periculum, ne filius, iudicio cum patre transacto, denuo agat. Cum etsi duæ sint actiones, una patris, altera filii, nec filio tamen experiri ipsi licet, nisi pater absit, nec Procurator ibi sit, qui eius nomine agat *L. 18. §. 1. de iudic.* vid. *supra Lib. 17. Cap. 4 N. 20.* Accedit quod etsi filii nomine agat, tamen per filium actio acquiritur patri, ut ita non minus agat, ceu principalis, Pac. 2. Q. 43. Ortolph. Foman. *Disput. Instit.* 33 *Th.* 9. Nec placet quod A. Fab. *in d. §. 4.* verba: *filii nomine*, exponit, ob iniuriam filio illatam, proprio tamen iure & nomine, ut ratio adiecta conveniat. Nam & expositio hæc dura & sententiam indubiam reddit. Et verba illa *cum duæ*, *&c.* non rationis, sed declarationis caussa addita, quomodo, nempe filii nomine agi possit. Plane si extraneus de iniuria filiofamilias illata agat, etsi patris nomine: necesse est, caveat utrumque & patrem & filium ratum habiturum *L. 22. §. pen. Rat. rem hab.* ubi ratio; Si nempe de mandato patris non constat. Nam ubi id certum, nec de rato patris mandantis cavet, per ea *quæ h. Cap.* nec de filii, quia is, ut contra factum patris veniat, non metuitur.

veat, ut si aperte constet eum procuratorem non esse. In quo palam est, ab eo, qui alieno nomine agit, non exigi mandati probationem. Sed & cum dicitur cautioni ratihabitionis locum esse, cum incertum est mandatum *d L.* 1. *C. de proc.* an non hoc ipsum quoque exprimitur, ut recte Accursius accepit? Negari enim non potest intentione actoris & infitiatione rei rem de qua agitur, fieri dubiam, quod & testatum est. *d. L.* 3. *C. quib. ad lib. procl. non lic.* Quid est autem dubia, nisi incerta? Neque adeo exigi hic probatio mandati potest, quin in totum ratihabitionis cautio removeatur. Nam si exigimus mandati probationem, exigimus plenam; quoniam non est probatio, nisi iusta & plena probatio. *L. iudices, C. de iud. L. ult. C. de rei vind. L.* 1. *C. de prob.* Ita fiet, ut nemo unquam procurator admittatur sine certo & explorato mandato. Unde eveniet hoc quoque, ut nec ab ullo procuratore exigatur hæc cautio, cui solum locus est in mandato incerto. *d. L.* 1. *C. de procur.*

XXVI. Sane si reus negans eum qui agit procuratorem esse, offerat se eodem die id probaturum, audiendus est, nec cogendus procuratorem admittere quantunvis offerentem cautionem de rato. *arg. L.* 3. in princip. *D. ut in poss. leg.* Sic autem facile & statim cognosci de mandato potest, si dominus sit in eadem civitate, aut non procul absit, atque is consulatur, qui si neget se quidquam mandasse, habet reus quod voluit. Quæ si vera sunt; recte sensit [21] Ioannes apud Accursium, uti eius sententia refertur ad *L. non solum*, §. 1. *D. de proc.* cum de mandato dubitatur, procuratoris esse electionem, utrum cautionem offerat reo, an mandatum probet: non etiam rei utrum ex his exigat. Et certe quod ille recte vidit, procurator, actoris in hac satisdatione præstanda reus est. Est autem iuris certi cum illud aut illud præstandum est, si nihil aliud adiicitur, semper rei esse electionem. *§ huic autem, Inst. de actio. L. plerunque*, in fin. *D. de iure dot.*

XXVII. Altero modo fit incertum mandatum, quæ incertitudo hanc cautionem exigat, cum probat quidem procurator mandatum, idque consuetis probationibus, puta testibus, aut instrumentis privatis, sed eas probationes reus in sua potestate non habet, ut eas expedire possit adversus dominum, si is quandoque, de eadem re agere cœperit. Id, inquam, ubi fit, illic [22] intelligere debemus etiam a procuratore cautionem de rato esse exigendam.

21) Azo *in Summa C. h. t. n.* 23. Bronch. 1. *Misc. Asser.* 26. Chil. Konig. vel additionator ad eum *Process. P.* 1. *pag.* 113 cum, contra Placentinus optionem dederit, reo convento, an velit exigere probationem mandati, an cautionem rati. Bartolus vero distinguit reusne dicat, non habes mandatum, ubi probandum Procuratori, an ita: dubito an habeas, ubi electio eius, qui se dicit Procuratorem. Quicquid vere hic noster, etsi non temere sentiat, potius accedo iis quorum opinionem usus forensis probat, quod audiendus sit, hanc cautionem offerens, si proferat mandatum, aliqua ea parte mutilum, aut imperfectum: non vero, si nullum plane exhibere possit, nisi pro coniuncta persona interveniat, Wesemb *in Par. h. t. n.* 6. *pag.* 184. testans ita plerosque sentire, Rosbach *Process. Tit.* 45. *n.* 7. & 8. Nisi aliquam saltem, de voluntate domini, fidem faciat, forte per unum testem, Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 28. *n.* 2. vel leviorem aliquam præsumptionem, quam ut ea ea citra cautionem admittendus sit. At certe vere dubium dici nequit, nisi utrinque caussa aliqua subsit, quæ dubitationem faciat. Cumque paria habeantur, non esse, & non apparere *L.* 30. *de test. tut.* perinde erit, sive quis non habeat mandatum, sive de eo nihil plane doceat. Sane ita dubiæ caussæ dicuntur in *L.* 31. *de iureiur.* ubi aliquid, sed non perfecte probatum, de quo *infra Lib.* 24. Licet vero Donellus noster, Duarenus & alii, dubias ibi aliter interpretentur, hoc tamen modo sufficit, quod inter omnes convenit, dubias caussas, ibi accipi non posse, ea simplici affirmatione unius, & inficiatione alterius. Frustra equidem toties inculcatum esset: nullam actionem alieno nomine, sine mandato esse; quod alii debetur, alium sine illius voluntate, non posse exigere *L.* 6. §. *ult. L.* 39. *de neg. gest. L.* 5. §. 4. *de praes. verb. L.* 9. §. 3. *de admin. tut.* & simil. de suo non alieno iure agere oportere *L.* 5. *si ususfr. pet.* sic cuivis integrum, oblata modo cautione, negocium cuilibet facessere. Nec is aliter, litem eius, quo cum nihil antea ipsi negocii intercessit, declinare posset, quam si contrariam eorum voluntatem, pro quibus hi interveniunt, ostenderit Tunæ. Fab. 1. *Annot.* 22. Et speciale immo in coniunctis, ut ab iis mandatum non exigatur, præstita tamen ab illis, cautione rati. Quid ita præcipuum habebunt? Nisi hoc forte, quod admittendi illi, etsi nec mandatum allegant, vel etsi se nullam habere profiteantur. Bronch. 1. *Misc. Ass.* 26. Quod quidem non controverto. Ast eo ipso, quod coniunctos mandatum probare non cogi, leges dicunt *L.* 12. *C. h. t.* probationem aliis iniungunt; non sub conditione, nisi cavere malint; quia sub eadem adstricti sunt coniuncti probare: sed absolute. Et in coniunctis non exigitur, ut habeant voluntatem, vel mandatum, sed ne contraria probetur, quanvis de rato cautionem offerant verba *L.* 40. §. *ult. h. t.* Ergo per argum. ab exceptione ad regulam, in iis qui non coniuncti, etsi offerant cautionem, exigitur (non ne contraria voluntas probetur, ut Donellus vult) sed ut habeant voluntatem. Nec ulla firma ratio, cur cum voluntarius Procurator, seu negociorum gestor, Cuiac. 7. *Obs.* 26. ad agendum, nec oblata cautione rati, admittatur *L.* 6. § *ult.* iunct. *L.* 8. *pr. de neg. gest.* admitti debeat Procurator falsus, ex nuda assertione, quod voluntatem domini habeat, etsi de eo fidem non faciat. Sic enim in mera huius voluntate, mentiendique licentia positum erit, reum ad suscipiendam litem compellere. Cui etsi dicas cautione satis prospici; interest tamen eius molestias litis evitari. Denique utilitatis publicæ pariter & litigantium caussa, inventa videtur cautio, ne nimiis altercationibus de mandato, satisne validum, aut probatum sit, lis extrahatur. Ubi igitur nihil plane habet, qui alieno nomine agit, quo voluntatem domini ostendat, nihil nudæ dictioni fidei habendum, protinusque a limine iudicii repellendus

22) Consentit Callr. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 7. & plures quos refert Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 6. ubi contrariam opinionem receptiorem, usuque iudiciorum probatam post plures, quos citat, sequitur, & Sich. *in d. L.* 1. *C. h. t. in fin.* Boer. *Decis.* 281. *n.* 1. Wesenb. *in Par. h. t. n.* 7. Georg. a Rotschitz. *Pro ess. Part.* 6. *Sect.* 7. Gifan. *in L.* 1. *h. t. n.* 4. Zang. *de Except P.* 1. *C.* 8. *n.* 14. requirens, ut in continenti, per eos probare possit. Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 11. scribens, per duos testes probari mandatum privati, secus esse in mandato principis. Et pro his facit *L.* 1. §. 1. *h. t.* ubi per nuncium dicitur constitui, item per epistolam inter absentes, seu non coram: & ita directam, non ad adversarium, sed ad ipsum Pro-

dam. Nec dubitabimus ita esse, si statuerimus hanc cautionem pro commodo rei esse introductam, ut toties boni viri arbitratu interponi debeat, quoties periculum est, ne dominus iterum de eodem ut impune agat. *Inst. de satis.* in pr. Quod etiam tunc accidit, cum mandato interveniente, deest tamen reo eius mandati probatio, qua tutus dominum agentem removeat. Ita eveniet, ut quanvis procurator actoris mandatam sibi actionem probare velit testibus, nihilominus tamen de rato cavere debeat. Non enim multum hæc probatio reum iuvare potest, si quando is cœperit postea a domino conveniri. Nam quod ad prius eorum testium testimonium attinet, id eiusmodi est, ut eum interpositum sit inter procuratorem & reum, domino absenti cum quo nihil actum est, non noceat. *tit. C. res int. al. act.* Sed etsi posset nocere, tamen testes a domino iustis de caussis reiici possunt. Quod si vivant, & idonei sint, tamen possunt negare se meminisse, & aliud dicere. Ita cum hic quoque certitudine mandati probandi reo adempta idem periculum illi immineat, ne secum de eadem re a domino agatur, necesse est in hoc periculo idem illi relinqui remedium satisdationis. Et ne in hac sententia hæreamus, liquido probatur in *L. si procuratorem, D. de proc.* ubi ut procurator relevetur a domino hac satisdatione, Modestinus nominatim ad probationem mandati exigit literas domini, quibus ille significet quem adversus reum procuratorem & in qua caussa fecerat, & eas quidem ad adversarium directas, ut in potestate eius esse incipiant ad sequentis temporis probationem. Quibus verbis aperte probationem testium removet, cum de procuratore satisdatione relevando ob probatum mandatum agitur. Neque aliter iudicandum esse ostendit de instrumentis privatis mandatum domini testantibus, sed quæ non sint in potestate rei, ut his quandoque uti possit adversus dominum iterum agentem. Quorsum enim exigit, ut literæ domini de mandato eius testificantes dirigantur ad adversarium, nisi ut eas reus in sua potestate habeat, quo his uti possit ad fidem adversus dominum ipsum faciendam, cum res postulabit? At enim testes & instrumenta iustæ rationes sunt ad res quasque probandas, eoque & ad mandatum probandum, & in litibus exercendis hæc eandem vim obtinent. *L. ult. C. de prob. L. 1. C. de test. L. in exercendis, C. de fid. inst.* Sed sunt hæ iustæ probationes procuratori, qui his utitur: non sunt probationes reo ad mandatum adversus dominum probandum: quoniam reus cuius non sunt in potestate, his uti quandoque non potest. Nunc autem hic consultum volumus reo, non procuratori. Et quod significatur in *L. 1. C. de proc.* certum mandatum domini cautionem ratihabitionis excludere, certum accipiemus, non quod procuratori, sed quod [23] certum sit reo, ne iterum, ut dixi, cum eo de eadem re agatur.

XXVIII. Quando ergo certum mandatum ita efficietur reo, ut non sit periculum, ne quandoque iterum cum eo agatur, ut sic certo statuamus, ubi non sit illi necessaria satisdatio ratihabitionis, eoque nec a procuratore actoris exigenda; unde

Procuratorem, Vasq. *d. loc. n.* 8. dicens ostensa ea in iudicio, apparere substantiam & probationem Procurationis. Enim vero, nudo consensu contrahitur mandatum, ideoque scripturæ solemnia non exigit, quæ ad nullius dispositionis probationem requiritur, extra casus iure expressos *L. 15. C. de fid. instr. & sim.* Vasq. *d. loc. n.* 7. Cumque, coram testibus, contractus hic perfici possit, per eosdem quoque probari, Wes. *d. n.* 7. Quocirca testes a Procuratore in iudicio producti, facient fidem contra dominum absentem. Ac si pro eo pronunciaverit iudex, etsi vere non erat Procurator, solum superest domino absenti remedium agendi de falso contra Procuratorem, sicuti si vigore falsi instrumenti, falsus Procurator, verus iudicatus fuerit, Chil. Konig. vel additionator ad eum *Process. P. 1. h. t. pag.* 152. Nec obstat *Tit. C. Res int. al. act.* Quia, cum probatum est, quocunque legitimo modo perfecte Procuratorem esse, qui actionem sibi dari postulat, iudicium non censetur inter alios actum, cum quod quis per alium facit, ipse videatur. Quin si usu probata est testium depositio ad perpetuam rei memoriam, nullo necdum iudicio instituto, quæ deinde fidem contra quoscunque facit: quanto magis depositio idoneorum testium in actis iudicii consignata, si dominus litem cum Procuratore transactam redintegrare nitatur, eidem obstabit. Quod si non in totum eum repelleret, saltem contrariæ probationi adstringeret. Cæterum hæc ita declarat Alex. *in L. 1. C. h. t.* ref. Vasq. *d. loc.* n. 9. ut tamen præstetur cautio rati. Quomodo tantum abest, ut noster dissentiat, ut is potius cum cautione hac, etsi nec scripturam, nec testem ullum habeat, admittat. Sed nec hic cautionem magis exigi puto, quam quibus casibus alias; si scilicet mandato, non inserta clausula ratificationis, vid. C. *prac. N.* 28. Quare, & ubi per nuncium, hic absenti adversario significat se ratum habiturum &c. satisdatione Procurator relevabitur. Quanvis enim *L. 65. h. t.* literas ad hoc exigere videatur, non tamen refert, quid ex æquipollentibus fiat, cum *L. 1. §. 1.* per nuncium æque constitui probet. Et rationem unam, satisdatione relevandi Procuratorem præscribit ibi IC. modumque tutiorem. Nec vocula *debet* illic præcisam necessitatem arguit, aliosve modos omnes excludit. Nam quid si Procurator absens, adversarius vero præsens. Quis dubitet, præsenti ad acta iudicii idem significari & de rato promitti, &c. posse, ut deinde cum Procuratore, qui iam ante de eo cum domino convenit, [illegible]o iudicium procedat *L. 1. §. ult. h. t.* Quomodo æque relevabitur satisdatione, nec tamen hic casus *d. L.* 5. expressus.

23) Cautio enim inventa est, ut si quid desit mandato, per eam impleatur, Sich. *ad L. 1. C. h. t. n.* 4. adde quod retuli *supra C. prac. N.* 4. Olim autem indistincte Procuratorem de rato cavisse, putat Vult. *ad tit. I. de satisd. n.* 13. & Rauchbar. *P. 1. Q.* 2. n. 37. *per pr. I. d. t.* vers. *Procur. vero,* & §. 1. Sed & hodie, non aliter satisdatione relevatur, quam si mandatum domini non modo certum sit & verum, sed & perfectam clausulam ratihabitionis continens *L. 65. h. t.* ut pluribus contra Rauchb. adstruxi *supra C. prac. N.* 28. quæ huc transferri possunt. Confer. Cujac. 28. *QQ. Pap. ad L. 1. Rem rat. hab.*

unde rursum in cæteris caussis illam & reo necessariam, & a procuratore interponendam eadem opera certius cognoscamus? Nempe tunc, cum de mandato domini ita constabit, ut eius fidem facere possit reus, cum velit; seu cum eius mandati probatio erit in rei potestate. Et quidem de iure dubitari non debet, quin si de mandato domini ita constet, nullum periculum sit, ne reus quandoque a domino de eadem re iure conveniatur. Idque sic mecum collige. Nam si reus eo iudicio, quod cum vero procuratore interpositum fuit, damnatus erit, & pecuniam procuratori solverit, confestim ipso iure liberatus est: vero enim procuratori ad liberationem recte solvitur. *L. vero, D. de sol.* ut iam liberatus non metuat eiusdem rei ullam actionem. Quod si reus eo iudicio absolutus erit, statim nanciscitur rei iudicatæ exceptionem. *§. item si, Inst. de excep.* neque id tantum adversus procuratorem, cum quo iudicium fuit, & adversus quem recta absolutus est; sed etiam adversus dominum ipsum, qui per procuratorem agendo perinde habendus est, quasi ipse egisset. Id enim evenit in omni mandato, ut & qui alieno mandatu quid fecit, & qui mandavit, ambo fecisse existimentur; eum nihil intersit, utrum quis per se faciat quid, an vero per alium. *L. 1. §. ait*, vers. *deiecisse*, *D. de vi*, *L. 5. §. gessisse*, *D. de adm. tut.* Restat: ut hoc quærendum sit, quomodo de mandato ad actionem movendam ita constet, ut eius probatio sit in potestate rei, quandocunque de eadem re iterum a domino convenietur.

XXIX. Et sciamus id fieri tantum instrumentis, quibus de mandato comprehensum est; neque his omnibus, sed aut actis iudicii, quæ publica, & publicæ ac certæ fidei instrumenta sunt; aut instrumentis privatis quidem; sed quorum fides adversus dominum approbata sit, & quæ simul tradita sunt reo, ut incipiat probatio esse in rei potestate. Id ita poterit intelligi, si ostenderimus, quibus modis fieri velint veteres, ut procurator actoris, qui mandato domini vere utitur, exoneretur satisdatione ratihabitionis; & in his animadverterimus mandati probationem & certitudinem eam exigi, quæ ad hæc duo genera instrumentorum referantur, & referantur ob eas caussas quas dixi. Animadverto igitur quatuor modos in summa cognitos esse veteribus, quibus placeat procuratorem actoris exonerari satisdatione ratihabitionis: ex quibus tres priores mandatum actis iudicii comprehensum habent: quartus & postremus eam speciem privati instrumenti, quam ante dixi. Primus modus est, si mandatum actis (intellige iudicii) [24] insinuatum fuerit, ut verba sunt *§. si autem, Inst. de satis.* figurate dictum, quasi dicas, si mandatum receptum sit in suum actorem, quod valet, si mandatum relatum fuerit in acta. Quod fit, cum dominus litis apud acta professus se Lucium Titium in ea caussa procuratorem sibi constituisse, petit, ut id in acta referatur: sic deinde iubente magistratu refertur. Secundus modus, si præsens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, testans hunc se in ea caussa de qua agitur fecisse sibi procuratorem: quod & positum est in *d. §. sin autem, Inst. de satisd.* Est autem eiusdem cum superiore. Nam & hæc professio domini eum in iudicio edita sit, & ad instruendum iudicium pertineat, non minus quam cætera ad iudicium pertinentia in acta redigi solet. Tertius, si dominus eum qui agit, se fecisse procuratorem libello principi dato professus sit: traditum in *L. ne satisdatio*, *D. rem rat. hab.* Nec minus & hoc eamdem rationem habet cum prioribus. Hoc enim dicitur de libello cui princeps subscripsit. Post quam subscriptionem remittitur libellus ad eum magistratum aut iudicem apud quem agendum est: ut sic deinde ex eo libello reus per iudicem in ius vocetur, ut declaratur in *Novel. de iur. amor. præf.* circa medium. Quæ res indicat & hunc libellum fieri partem actorum. Cur ergo mandato domini actis iudicii ad istos modos comprehenso non exigitur cautio ratihabitionis a procuratore? Non quia mandatum domini intervenit, & id his actis satis probatur: alioqui sufficiebat quævis alia probatio: sed quia his actis sit certa probatio mandati, & qua uti possit reus quoties velit. Nam acta iudicii publica monumenta sunt, quorum ideo publicam & certam fidem esse placuit. *L. ult. C. de re iud. L. in donationibus*, *C. de don.* Sunt præterea & hæc in

24) Sic Simmach. *Lib. 1. Ep.* 90. quæ nunc insinuare non decuit, & *Lib. 2. Ep.* 55. & *Epist.* 80. Et hoc tutissimum esse, tradit Chil. Konig. vel additionator ad eum *Process. P. 1. h. t. p.* 14. ut coram iudice pro tribunali sedente, adversario præsente constituat. Quia contra tale mandatum, nihil deinde opponi potest, ob colorem iudicii. Expedire autem scribit, si iudex mandata legitima pronunciet. Alias enim etsi sciverit Procuratorem falsum, & personam approbaverit, nisi tamen de mandato cognitum & pronunciatum sit, quandocunque opponi poterit, quod mandatum non habeat vel sufficiens. Adde ea quæ *C. prat. n. 5. & N. 6.*

in potestate rei, quoties illi visum est his uti. Utcunque enim desiderabit ea exhiberi ad investigandam veritatis fidem, & desideranti edi iubentur. *L. 2. C. de eden.* Postremus modus ad exonerandum satisdatione de rato procuratorem veteribus cognitus est is, quem positum esse dixi in privatis instrumentis mandati. Est autem is, si dominus scripto complectatur, quem procuratorem & qua in caussa fecerit, tum scripti fide approbata, detur opera, ut id scriptum [25] tradatur reo, quo is mandati probationem deinceps in potestate habeat: quæ sententia est *d. L. si procuratorem, D. de procur.* Ergo his modis legimus cessare cautionem ratihabitionis, neque pluribus. In quibus cum videamus probationem mandati non statui quamlibet, sed nominatim ad certas species instrumentorum referri, puta eorum, quorum & fides certa sit, & potestas penes reum, cum reus his uti volet: vel huic potest constare, quæcunque alia mandati probatio erit, eam non exonerare procuratorem necessitate satisdationis, utcunque aliter doceat de mandato: non aliam ob caussam, quam quod omnis alia probatio non est in potestate rei, ut se quandoque ea adversus dominum tueri possit, & efficere, ne iterum iure ab eo conveniatur. Quod periculum cum non amovetur reo, toties cautioni locus est. *Inst. de satis.* in pr.

XXX. Iam videamus quæ personæ ad hanc distinctionem pertineant. Edicto expressum est eumdem satisdare debere rem ratam dominum habiturum, qui & prius iussus erat dominum defendere, nempe is qui alterius nomine actionem sibi dari postulat. An ergo omnis qui alieno nomine agit ad superiorem distinctionem pertinet, ut secundum hanc aut cavere debeat de rato, aut omnino non debeat? Non erat necesse hoc nunc quærere, si idem in hac satisdatione ratihabitionis servaretur circa personas agentium, quod in defensione, quæ ab his exigitur: cum qui dominum defendere debeant, satis antea dixerimus. Nunc autem non idem hic servatur: de quo iam hic monendi locus est. Et hoc interest. Omnes qui alieno nomine agunt, defendere dominum debent, sive procuratores sint, sive non sint, etiam procurator in rem suam factus, & quidem quem talem esse constet: neque tamen hoc perpetuum: exceptus est is qui ex necessitate factus est:

25) Quid ni vero idem obtineat, si instrumentum, actis iudicii insinuatum fuerit, etsi non a domino præsente, forte ab eo, in longe remotis regionibus versanti confectum: sed a Procuratore: Etsi ad neminem directum fuerit, uti hodie solet indefinite concipi, sed Procuratori traditum. Qui quanvis iudici & parti ignotus, si mandatum exhibeat, seque eum, qui in illo nominatur, profiteatur, ex præsumptione illi creditur, Menoch. 2. *Præs.* 35. Plane litteras ad reum dirigi vult IC. *d. L.* 65. ad hoc ut satisdatione relevetur, per clausulam ratihabitionis. Nam quia ea hoc agitur, ut plene securus reddatur reus, de iudicio a domino non instaurando, eo prætextu, quod Procuratorem non ex mandato gesserit, ut *supra Cap. praeced. N.* 28. necesse est hac de re conventionem inter actorem, ac reum iniri. Per epistolam itaque sic convenitur *L. 2. pr. de pact.* Nam si litteræ ad alium directæ, vel indefinitæ, etsi dominus promittat se gesta quæcunque ratificaturum; hæc tamen promissio inefficax, vel quia nuda pollicitatio est, vel quia alii quam cuius interest facta, unde reo exceptio quæri non potest, non magis, quam ex stipulatione alteri facta actio. Ex mero itaque iure est, ut ad exonerandum cautione Procuratorem, dominus ipsi reo, sive coram, sive per litteras significet, se ratum habiturum quicquid gesserit Procurator. Quippe id si acceptet reus, conventio celebratur & pactum de non petendo amplius posteaquam Procurator iudicio egerit, per ea quæ *C. sequent.* Hoc enim huic ratihabitioni domini consequens est. Idem erit si dare se Procuratori liberam potestatem agendi adversario significet, per not. *supra N.* 28 quia videlicet isti libera ratihabitio, huic vero amplius non petitio consequens. Pacta vero sæpe tacite fiunt, & per consequentiam alterius, quod principaliter fit, inducuntur *L. 2. de pact. L. 3. de reb. cred.* Sufficit vero nuda conventio, nec uti si Procurator satisdat, stipulatio, quæ nec inter absentes, nec per litteras celebrari potest, exigitur, quia nec hoc casu, ulla actio reo necessaria: sed exceptione illi abunde cautum, sive iudicio cum Procuratore suscepto condemnatus fuerit, sive absolutus. Atque hæc, ita opinor, ex iuris ratione. Ex usu vero iudiciorum non ambigitur, æque tutum nunc præstari reum, de lite denuo non movenda, clausulæ ratihabitionis inserta, etsi mandatum ad neminem directum, ita: Ego &c. profiteor, vel Notum sit unicuivis &c. Cæterum & præsumptionibus probari mandatum, vult Wes. *Par. h. t. n.* 7. Ut si instrumenta litis, crediti, vel alterius negocii principalis producat, ubi si probetur ea a domino tradita esse, nec cautione oneratur, maxime si accedat coniunctio personæ, ut *L. ult. C. de pact. convent.* vid. Menoch. 2. *Præs.* 34. Alias de rato caveat, Sigism. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. causs. civil. crim. & haeret. C.* 101. *n.* 35. nisi ad eorum productionem multas expensas fecerit, cum suum iactare non credendus sit. Et sic ex pluribus coniecturis præsumi mandatum, cumprimis ubi aliar expensæ Procuratoris essent frustraneæ, scribit Cæsar de Graffis *Decis. Rota* 18. add. Bertazol. *Cons. crim.* 259. *n.* 8. Ex sola vero temporis diuturnitate non præsumitur, ex communi Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 16. *n.* 11. Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 2. *Comm. Conclus. Tit. de Procurat. Concl.* 1, nisi alia concurrant, vid. Menoch. 2. *Præs.* 33. *n.* 14. *& seqq.* Boer. *Decis.* 281. *n.* 17. Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 2. *n.* 58 *& seqq.* Adr. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 17. *n.* 137. *& seq.* Unde addit. ad Chil. Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 141. etsi quis ante 20. annos litigaverit alieno nomine, si nunc comparere velit contra me, aliter necesse esse ut probet mandatum, quam quod tamdiu se pro Procuratore gesserit. Sed num ex patientia principalis præsumitur, præsertim si præsens iudicio videat caussam tractari, nec contradicat? Aff. P. Fab. 1. *Semestr.* 13. *pag.* 74. Trentac. 2. *Pract. Resol. h. t. Res.* 11. Bover. *Singul.* 26. *n.* 3. Bertazol. *Cons. crim.* 259. *n.* 37. pluresque citati a Menoch. *d. Præs.* 33. *n.* 7. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 8. *n.* 15. *per L.* 18. *Mand.* Sed Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 3. *& seq.* inde mandatum non induci, ut gesta tanquam a vero procuratore, domino litis prosint & obsint, pluribus rationibus adstruit. Et Pinel. *in L. 2. C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 1. *n.* 19. illud per *d. L.* 18. non probari ostendit, cum loquatur de tacente in sui commodum. Et ad silentium ibi accessit factum aliquod accipientis mutuum: & Cravetta *de Antiq. tempor. P.* 1. *§. quarto limitatur n.* 57. *& seq.* id communiter improbari refert, admitteos tamen in coniuncto, amico, ac socio. Sane si aliquod mandatum habeat, eiusque fines sciente domino excedat, ex patientia illud extendi, statuit Pinel. *d. loc. n.* 18. & Vasq. *d. C.* 23. *n.* 5. Mascard. *de Probat. Conclus.* 1153. *n.* 19. *& n.* 27. *Decis. Rota noviss.* 132. *n.* 7. *P.* 1. Confer *supra Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1. Quando quis præsumatur Procurator, quia a Principe sic vocatus, vid. Hartm. Hartmanni *Tit.* 7. *Obs.* 4.

est. *L. servum*, in fin. *D. de proc.* Sed & ex his qui defendere dominum coguntur, quidam satisdant eo nomine indicatum solvi, alii non satisdant. Satisdant cæteri etiam qui vere procuratores sunt: non satisdant tutores & curatores, quos constat esse tales. *L. ult.* §. *defensionem*, *C. de adm. tut.* Huic distinctioni locus non est in cautione ratihabitionis: sed prout est incertitudo aut certitudo mandati, ita omnes aut pariter satisdant de rato, aut pariter non satisdant: idque efficit arbitratus boni viri, quo arbitratu iubetur procurator satisdare dominum rem ratam habiturum: cui eidem arbitratui convenit hoc idem statui, quia id ita fieri æquum est. Si mandatum incertum est, seu si dubitatur de persona agentis, sitne vere procurator, tutor, curator, syndicus, omnes in hac incertitudine pariter de rato cavere debent. Non Iniuria: non enim aliter consultum esse potest reo; cui in hac omnino consultum esse oportet. De procuratore constat. *L.* 1. *C. de procur.* Sed non minus valet hoc idem in syndicis & actoribus universitatis. *L. item*, [26] §. *actor*, *D. quod cuius. univers. nomi.* Valet non minus in tutoribus & curatoribus: de quibus ita scriptum est in *L. vulgo*, *D.* de admin. tuto. *vulgo observari, ut tutor caveat ratam rem pupillum habiturum: sed si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor*, [27] *vel an gestus ei commissus sit, æquum esse adversarium non decipi: idem & in curatore esse.* Quod ait Ulpianus; sed si superius dubitetur, æquum esse adversarium non decipi, hoc significat tutorem hoc casu de rato cavere debere, ne adversarius decipiatur. Id enim efficit adversativa oratio mutans in cautione rem ratam haberi, quod prius tutori dederat. Sed & hoc in persona actoris universitatis sic explicatur in *L. item*, §. *actor*, *D. quod cuius. univers. nom.* ubi cum actori universitatis idem tributum esset, quod tutori tribui dicimus, ne scilicet actor compellatur cavere de rato: subiicitur eadem exceptio, quæ supra in tutore, nisi si de decreto dubitetur; sed in hæc verba, ut aperte dicat Paulus in hac dubitatione interponendam esse de rato cautionem.

XXXI. E converso si de horum persona ita constabit, ut fides mandati sit in potestate rei: sine exceptione dicemus neminem eorum, qui alieno nomine agant, cogi de rato cavere. Quippe in hac certitudine abunde cautum est reo ad omnem liberationem, quamcumque ex iudicio postulat: quæ res facit, ut sit illi cautio supervacua. Iniquum porro agentem supervacua cautione onerari, ut supra ostendimus. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. nom. cau.* Neque putabimus hic quidquam proprium esse syndici, tutorum, curatorumve, aut procuratoris in rem suam dati. Tribuitur hoc quidem actoribus universitatis, eoque & syndicis in *d. L. item*, §. *actor*, *quod cuius. univ.* Tribuitur etiam tutoribus & curatoribus in *d. L. vulgo*, *de adm. tut.* Sed tum, cum istos tales esse non dubitatur. Atqui tribuitur hoc idem & privatis procuratoribus quibuslibet, cum de mandato domini certo constabit. *L. unic.* in pr. *C. de satis.* §. *sin autem*, *Instit. eod. L. si procuratorem*, *D. de procur.* Quod multo magis procuratori in rem suam dato tribui, quanvis nulla necessitate procurator factus sit, intelligendum est.

XXXII. Unus est ex iis, qui alieno nomine agunt, in quo superior distinctio non servatur, actor scilicet a tutore aut curatore decreto magistratus datus. *L. decreto*, *D. de adm. tut.* & *L. neque*, *C. de proc.* Placet hunc omnimodo cavere debere, dominum cuius nomine agit, rem ratam habiturum: quanvis maxime constet eum decreto magistratus constitutum. *L. actor*, *D. rem rat. hab.* Hoc ideo dissimiliter in hoc actore atque in superioribus omnibus, qui alieno nomine agunt, & certo mandato domini utuntur: quia hic actor utcunque recte & certo constitutus, nunquam tamen constituitur a domino.

26) Et tamen Syndicum, ad sui legitimationem, non posse de rato cavere, scribit Vantius *de Nullit. ex defectu mand. n.* 150. Audenter vero A. Fab. *in d. L.* 6. §. 3. hoc quod *in d.* §. 3. vers. *interdum* falsitatis coarguit. Neque, pro more suo, in Tribonianum stilum stringit, de supposito suo fœtu, illum incusando, sed in ipsum ICtum, rationibus tam frigidis, ut referre ferme pigeat. (1) Procurator quilibet esse potest. Actor non, nisi cui lex, vel ordo permisit *L.* 3. *Quod cui. univ.* Ergo in illo cautio, vice mandati, cedere potest, in hoc nequit. Resp. nihil diversum in personis. Nam Syndicus potest omnis esse, quicunque Procurator, Monach. *Pract. iudic. P.* 6. *C.* 8. *n.* 33. Et quod in illo mandatum, in hoc lex, vel decretum. (Nam & in tutore locus est cautioni, ut *hic ©. loci Donellus*, nec tamen mandato.) Utque *d. L.* 3. dicitur actor non admitti sine lege, vel decreto; ita pluribus locis Procurator, sine mandato. Quare ut in illo cautio supplet quod deest mandato; non si nude alleget se Procuratorem esse, ut male Faber vid. *supra h. C. N.* 71. sed si aliquam, ast non plenam fidem de eo faciat; ita & in hoc &c. Unde concidit, quod Faber ex vocula *permisit d. L.* 3. infert. Neque enim ita fit, ut alii permittatur, sed cautio rati efficit, ut is ipse præsumatur, per ea quæ ipse Fab. *ad L.* 40. §. *ult. h. t.* (2) Ratio Fabri. Quia decreti probatio, præcise exigi nequit. Quid enim si is sit, cui ex lege agere licet. Resp Ast non de alio actore loquitur *d.* §. 3. quam qui decretum se habere allegat. In alio enim nec locus est quæstioni, & semper supponendi sunt termini habiles.

27) Item an agenti administratio commissa, an rem pupilli, salvam fore satisdederit. Et sic accipit *pr. I. de satisd.* vers. *tutores vero* Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 319.

mino. Constituitur enim a tutoribus & curatoribus. *d. L. neque, C. de procur.* Hi vere domini non sunt. Confirmatur decreto magistratus: sed nec is magistratus dominus est: Unde evenire necesse est; ut actore isto actionem nomine domini postulante semper immineat [28] periculum reo, ne pupillus aut adolescens qui domini sunt, quandoque de eadem re agant. Quod periculum in cæteris non metuimus, qui certum mandatum a domino acceperunt.

XXXIII. Quod reliquum est, quibus in caussis iubetur is qui alterius nomine agit, satisdare rem ratam haberi, in his si de necessitate huius satisdationis præstandæ quæritur, omnia hic eadem quæ in defensionis necessitate intelligenda sunt. Non defendentis procuratoris pœna hæc est, ut denegetur ei actio. *L. mutus, §. pœna, D. de procur.* Eadem pœna non satisdantis dominum rem ratam habiturum, quibus in caussis hæc satisdatio exigitur. Nusquam id quidem aperte traditum legimus, sed conceptio edicti de his præstationibus id evidenter declarat. Ut enim edictum a procuratore actoris defensionem domini exigit, sic eadem clausula & eodem contextu exigit [29] satisdationem ratihabitionis. *d. L. servum, §. ult. de proc.* Unde intelligimus utriusque præstationis eamdem esse necessitatem, eius necessitatis eamdem caussam iussum prætoris: proinde & denegatæ præstationis & eiusdem contemptus prætoris eamdem pœnam esse oportet. Constat autem non defendentis procuratoris pœnam hanc esse, ut denegetur ei actio, ut dixi. Sit igitur eadem pœna & de rato non caventis. Denique his præstationibus procuratori iniunctis, nascuntur hinc reo non actiones ad eas res a procuratore exigendas, cum quo nihil negotii ante contractum fiat; sed exceptiones tantum, quæ hanc vim habeant necesse est, ut saltem procuratorem agentem removeant, nisi præstet prius, quod prætor acturum iubet præstare. Et sunt omnino exceptiones huiusmodi. Sunt enim procuratoriæ; proinde & dilatoriæ, idest, rem differentes in id tempus, dum idonee agatur. *§. pen. Inst. de exc.* Ea res nos admonet, & necessitatem huius satisdationis præstandæ eiusdem esse temporis, cuius & necessitas defensionis. Defensio ante litem contestatam a procuratore actoris recte postulatur, ut tum necesse habeat dominum defendere, non postea. Eadem caussa cautionis de rato. *Ratihabitionis satisdatio*, inquit Ulpianus, *ante* [30] *litis contestationem exigitur: cæterum lite semel contestata non compelletur procurator ad cautionem*, L. Pomponius, *§. ult. D. de procur.* Vis ea est exceptionum dilatoriarum, quales sunt procuratoriæ. *L. pen. L. ult. C. de exc.*

XXXIV. Ac de iis quæ a procuratore actoris, omnique eo qui alieno nomine actionem postulet, præstanda sint, satis dictum est. Nunc dicam de defensore. Et huius quoque suæ sunt præstationes: nempe satisdationes superiores eædem, quæ & ab hoc itidem ut a procuratore actoris exiguntur; satisdatio iudicatum solvi, & satisdatio ratihabitionis. Sed exiguntur in his converso modo. Nam procurator actoris non semper satisdat iudicatum solvi, sed tunc cum defensio domini ab eo postulatur: quod non semper accidit: ratihabitionis autem cautio semper exigitur ab eo, quoties de mandato dubitatur. Convertitur hic ordo in defensore alienæ rei. Nam alienæ rei defensor contra semper satisdat [31] iudicatum solvi: de rato autem non semper, sed & interdum & raro. Ac de priore genere statuatur id quod est iuris certi, omnem alienæ rei defensorem satisdare debere iudicatum solvi, nisi dominus malit pro eo idem satisdare: idque ius esse perpetuum; valere & in omnibus caussis, & adversus defensores omnes. De omnibus caussis scriptum est in *L. unic. in fin. C. de satisd.* De omni defensore indicat regula iuris inde nata: neminem alie-

28) Recte. Ubi & id singulare, quod hic de rato pupilli cavet, cum alias a Procuratore substitutus, post litem contestatam caveat ratum habiturum, non priorem dominum, sed suum mandantem, vid. not. *C. prae. N.* 18. & *N.* 25.

29) Ut nec coniunctæ personæ, cum cautione iuratoria admittantur, vid. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 19. ubi hodie receptum testatur, ut & pignoribus ita caveatur. Sicuti & ex *Nov. Elect. Sax. August.* 5. *P.* 1. possessio immobilium, Procuratorem quoque a satisdatione relevat.

30) Nisi Procurator, post litem contestatam intervenerit, Konig. *Proc. P.* 1. *h. t. pag.* 123. Wurmser. *Tit.* 10. *Obs.* 4. Fac. *C. prae. N.* 14. Ex Ordinatione Cameræ *P.* 1. *tit.* 21. cautio de rato recipitur, usque ad litis contestationem exclusive. Quod si postea mandatum non vere probent, in expensas litis damnantur, vid. Mynf. 5. *Observ.* 49.

31) *Nov.* 88. C. 2. *sub fin.* etiamsi filius, vel pater sit, *L. filiusfam.* 14. *Qui sat. cog.* ac etsi consors litis *L.* 1. & 2. *C. de consort. lit.* P. Wes. *Cons.* 29. *n.* 2. Sed si litis defensor *d. L.* 46. §. 2. Secus si caussas absentiæ alleget *L.* 31. §. 2. *de neg. gest.* Nam hic verus defensor non est, vid. *supra* C. 9. *in f.* Tametsi Sich. *in L.* 12. *C. h. t. n.* 3. ita hunc non satisdare velit, si caussa absentiæ posita in facto, ex gr. quia ægrotat, &c. Secus si in iure, ut quia incompetens sit, qui citavit. Idem *n.* 4. non satisdare, quando defensio potest duceri ex actis, veluti si dicat: Compareo pro Titio, petens ut iudex inspiciat acta, & secundum illa pronunciet. Quia hoc iudex ultro facere posset. *Tit.* C. *Ut qui desunt advoc.* Moribus Saxonum hanc cautionem, nec a principali reo, nec a Procuratore præstari, sed cautionem rati iuxta distinctionem in actore positam, *supra N.* 23. notat Wesenb. *Par. h. t. n.* 6. *in f.* Sed vid. *Nov. Elect. Augusti* 5. *P.* 1. & *supra N.* 29.

alienæ litis idoneum defensorem sine satisdatione intelligi: ubi significatur satisdatio iudicatum solvi. *§. si vero*, *§. ult. Inst. de satisd. L. qui proprio*, *§. qui alium*, *D. de proc.* Definitio generalis atque adeo universim & sine exceptione concepta: ut intelligamus nullam extrinsecus caussam intervenire posse, quæ defensorem alienæ rei hac satisdatione exoneret. Quod recte constitutum est, neque vero aliter constitui potuit sine actoris iniuria. Cogitare enim debemus hic eum defensorem existere, & se actori constituere adversarium, cum quo nihil negotii antea actori fuerit. Iniuriosum est cogi actorem alium reum sequi, quam eum non solum a quo suum consequi possit; sed etiam a quo certum habeat iam ab initio se posse consequi. Id autem certum futurum est, non simpliciter si defensor se in hoc obliget, ut iudicatum præstet, sed si etiam in eam rem idonee caveat: quod fit fideiussoribus. Nullæne ergo res interveniunt, quæ remittant aut remittere debeant alienæ rei defensori hanc satisdationem? Nullæ. Id quod ita esse certo statuemus, si propositis iis rebus, quæ hanc exonerationem postulare videbantur, has quoque alibi nominatim removeri, & simul quam recte removeantur, videbimus.

XXXV. Et quæ res hic iustam dubitationem adferant, duæ sunt: a defensore eius facultates, & maxime si ad facultates dignitas personæ accesserit: a domino autem litis eius mandatum, quo defensor certo utatur. A facultatibus propone hominem locupletem aut etiam locupletissimum caussæ defensionem suscipere: adde etiam hominem esse consularem & magna aliqua dignitate præditum. Cur hic ab eo satisdationem exigamus iudicatum solvi, cum sit per se satis idoneus, atque adeo magis, quam ulli qui accesserint fideiussores? Placet tamen locupletissimum istum & quavis dignitate præditum defensorem nihilominus iudicatum solvi satisdare debere. *L. minor*, 51. in fin. *L.* 52. *L.* 53. *D. de proc.* Inde dictum regula iuris, qui rem alienam defendit nunquam locupletem haberi. *L. qui rem*, *D. de reg. iur.* Quod simpliciter dictum accipi non debet, quasi nunquam quisquam locuples haberi debeat absolute, qui alium defendit. Alioqui dictum sit & inique & absurde. Quid enim si sit vere locuples, & id constet? An non natura hoc postulat, & cum naturæ veritate ius, ut [32] qualis est re vera, talis habeatur? Nisi forte ius docet negare id quod res est, idest falsum dicere, & id probat. An non etiam potius absurdum, quemquam ita loqui, ut eumdem locupletem esse fateatur reipsa, & tamen neget se eum pro tali agnoscere? Sed superius dictum accipiendum est eum adiectione, quam ius certum ante a nobis positum suggerit; ut scilicet qui rem alienam defendit, nunquam locuples habeatur, intellige ad hoc, ut tanquam locuples & idoneus hoc ipso admittatur ad defensionem sine ulla satisdatione. Et res ita habet: nunquam enim ex suprascripto iure ita quisquam ad alienam defensionem locuples & idoneus habetur: etsi sit ipse per se locupletissimus: hoc amplius ipse satisdare, idest cavere fideiussoribus datis cogitur. Hic occurritur. Certum est enim non debere onerari quemquam supervacua cautione. *L. hæc stipulatio*, *§.* 1. *D. ut leg. nom. cav.* At supervacuum videtur fideiussores ab homine per se locuplete exigere. Quorsum enim ab hoc fideiussores, nisi ut eum oneres, cum abunde sit illi, quo tuum consequare? Non debet igitur homo locuples hac satisdatione onerari. Sed non est supervacua satisdatio, quæ a defensore quanvis locupletissimo exigitur. Nam qui nunc initio iudicii locuples est, potest postea labi facultatibus. Et ut retineat atque etiam augeat easdem facultates, tamen in potestate eius est cum erit condemnatus, trahere solutionem, & quo potentior est, eo facilius audebit: certe potest solutionem negligere. Cavebit quidquam istorum facere, si dederit fideiussores. Metuet enim, ne actor adversus eos actionem transferat, quibus ipse postea mandati iudicio teneatur. Metuet etiam interpellationum fideiussorum [33] molestias, & his interpellantibus

32) Præsumptio enim necesse est, cedat veritati *L.* 24. *& seq.* *L.* 29. *& seq. de probat.* Quare cum constat locupletem esse, cessat regula iuris, quia pugnantiam involvit, ut qui certe dives est, non habeatur, A. Fab. *in Rat. dubit. ad L.* 53. *h. t.*

33) Pulchre Ant. Hering. *de Fideiuss. C.* 5. *n.* 20. *& seqq.* quod expediat, fideiussores habere minus potentes pro potentioribus, per quorum latus, principalem pulsare liceat. Ubi exempla profert summorum principum, qui fideiussores dederunt, multo se ignobiliores. Accedit, quod iniquum sit, onerari actorem longa, ac difficili sæpe, investigatione, an sit idoneus defensor, cum plerumque lateat æs alienum. Proba hæc ratio A. Fabri *ad d. L.* 53. uti alia eiusdem reproba, quod alienæ rei se immisceat defensor, & quanvis bona forte mente id faciat, tamen sit quod imputari illi possit, cuius pœnam hanc eum subire æquum, ut pro locuplete non habeatur. Male. Alia vero ratio, cur dominus ipse reus, si locuples, non satisdet, quia eius fidem iam antea secutus est actor. Defensoris non item, sed in eum incidit. Male vero, qui simpliciter contenti ratione *d. L.* 46. *§.* 2. neque rationis eius rationem reddunt, in eamve inquirunt P. Fab. *ad L.* 95. *de R. I. p.* 439. Gif. *ad d. L.* 46. *§.* 2 *n.* 12. Arumæ. *Lib.* 1. *Dec.* 7. *n.* 6. Placuit aliquando hæc ratio, quia nisi satisdaret, non posset in eum actio iudicati dari *L.* 61. *de Proc.* Sicuti Wes. *Par. h. t. n.* 6. *sub fin.* sine hac cautione, non recte cautum esse adversario, de exsecutione. Sed nunc displicet, quia non minus actio iudicati

tibus denegandæ solutionis turpitudinem.

XXXVI. Esto, non prosit defensori cætera ad eum satisdatione relevandum: ut saltim mandatum domini illi prodesse dixeris. Quid enim, si defensor hic nominatim constitutus sit a domino procurator, & constet de mandato? Nonne hoc mandato satis cautum est actori, quamvis defensor nihil satisdederit? nam hoc casu damnato defensore iudicati actio in dominum datur non minus, quam si cum eo actum esset. *L. 4. D. de re iud.* Quod si actori hoc modo satis cautum est, an non superflua est ei defensoris satisdatio qua proinde defensor onerari non debet? *d. L. hæc stipulatio, §. 1. ut leg. nom. cau.* Adde exemplum procuratoris actoris; qui cum alias satisdare debeat dominum rem ratam habiturum, tunc certe non debet, cum non dubio mandato domini utitur, ut supra ostendimus. Cur igitur magis defensor, idemque verus & certus procurator cogatur satisdare iudicatum solvi? Placet tamen nihilominus rei defensorem, quanvis domini procurator sit, & quidem sub gestorum testificatione factus, idest ita factus, ut mandatum domini gestis seu actis iudicii, insinuatum sit, satisdationem iudicatum solvi in omnibus caussis præstare cogendum: cautum nominatim in *L. unic.* in fin. *C. de satisd.* Potest quidem dominus pro eo quem dederit vice sua defensorem, satisdare: quod si fit, abunde actori satisfactum est: quid enim interest, ipse defensor satisdet, an alius pro eo? *§. sin autem, Inst. de satis.* Cæterum alterutrum semper faciendum est: in quibus eadem manet satisdatio. Et recte. Nam quod condemnato defensore habet actor iudicati actionem adversus dominum, non ideo illi cautum est adversus defensorem. Nunc autem etiam illi adversus hunc consultum esse volumus, ne frustra coactus sit hunc reum sequi, quem alioqui admittere nullo iure cogebatur. Neque adversus hunc satis certa cautio est, nisi acceptis ab eo fideiussoribus.

XXXVII. Ne nos moveat procuratoris actoris exemplum, quod longe dissimile est. Hic si vere procurator est, & de mandato domini constat, ideo de rato non cavet, quia hoc casu abunde cautum est reo ad id, quod ab utroque tam procuratore, quam domino eo iudicio consequi desiderat. Reus iudicio id agit, tantum, ut consequatur liberationem, ne iterum conveniatur. Atqui mandato domini interveniente reus hanc liberationem iudicio ipso consequitur sine alia cautione. Nam si condemnatus procuratori solvit, ipso iure liberatur: si absolvitur, habet exceptionem rei iudicatæ pariter adversus utrumque, & dominum & procuratorem, ut ante probavimus. At non si res cum defensore alienæ rei agatur, & hic defensor mandato domini ad defensionem accedit, ideo actori consultum est sine satisdatione 34 ad id quod eo iudicio consequi postulat. Vult enim consequi non liberationem, sed rem & pecuniam quam petit: & consequi non a domino solum, sed etiam ab ipso defensore, qui se eo iudicio reum constituit. Iam dixi non debere actorem non necessarium iudicium suscipere cum eo, cum quo nihil ante negotii esset, nisi certus sit sibi abunde ab hoc defensore cautum esse, quod non aliter fit, quam interposita superiore satisdatione. Bene igitur regula iuris sine exceptione concepta est, efficitque neminem alienæ rei idoneum defensorem esse sine satisdatione; postquam hoc ita est, quæcunque defensoris facultates sint, quæcunque dignitas, & sive mandatum domini non intervenerit, sive intervenerit.

XXXVIII. Ad hanc tamen definitionem tutores & curatores non pertinent: a quibus pupillorum aut adolescentum suorum defensionem subeuntibus huiusmodi satisdatio non exigitur, cautum in *L. ult. §. defensionem, C. de adm. tut.* An quod cum verbis contineantur, excepti sunt postea superiore constitutione Iustiniani, quæ una est ex quinquaginta eius decisionibus Codici emendato insertis? An potius quia tutores & curatores verbis regulæ non continentur; ut ne excipi quidem a regula debuerint? Quod & ipsum recte potest defendi. Nam definitio est de alienæ rei defensore. Tutores & curatores rei pupillaris aut adolescentium defensionem suscipientes non alienæ rei defensores sunt, sed suæ. Receptum est enim iure certo tutores & curatores dum tutelam aut curam administrant, pro dominis haberi: cuius administrationis maxima pars est defensio. *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tut. L. qui fundum, §. si tutor, D. pro empt.*

XXXIX. Huius satisdationis in defensore eadem necessitas est, quæ & superiorum, quas a procuratore actoris exigi dixi-

eati datur, etsi non satisdederit, forte reo, cautionem, non exigente. Et actio iudicati, non ex cautione, sed ex litis contestatione Procuratoris, & quasi contractu.

34) Aliter Hortens. *ad §. fin. a. 3. I. de satisd.* quia maior vis actionis, & condemnationis, adversus reum, unde actio; quam absolutionis adversus actorem, unde exceptio.

diximus, five de pœna non præftitæ huius fatifdationis, five de tempore eius exigendæ quæritur. Si defenfor alienæ rei non fatifdat, regula fuperior iuris dictat non effe eum idoneum defenforem. Id valet, eum tanquam defenforem non admitti. Ita huius quoque defenforis non fatifdantis pœna hæc eft, ut denegetur ei defenfio. Sed & neceffitas eiufdem temporis eft, cuius eft & in fuperioribus fatifdationibus. Exigitur nimirum a defenfore fatifdatio iudicatum folvi: fed & ab hoc in exordio litis, ut eft in *L. unic.* in fin. *C. de fatifd.* ut intelligamus lite femel conteftata ne hic quidem defenforem ad fatifdationem compelli. Denique ex omnibus iftis præftationibus quæ procuratoribus & defenforibus iniunguntur, nafci adverfario exceptiones procuratorias eoque & dilatorias ad fuperiores removendos, nifi præftent, quod iubentur: quarum exceptionum commune hoc eft, ut poft litem conteftatam opponi non poffint, *d. L. pen. L. ult. C. de excep.*

XL. Interdum a defenfore alienæ rei præter folitam fatifdationem iudicatum folvi exigitur & de rato cautio. Quod generaliter recte definiemus tunc accidere, quoties agitur adverfus reum de ea re, quæ eius eft, aut eius habetur, & in ea lite exiftit aliquis abfentis defenfor. In omni, inquam, eiufmodi cauffa eveniet, ut defenfor non folum cavere debeat iudicatum foluturum; fed etiam dominum abfentem ratum habiturum. Idque ideo, quod cum abfentis res fit, aut fit incertum, an fit, periculum eft, ne ille poftea iterum de eadem re agat, dum ratum non habet quod actum eft cum defenfore. Quod periculum quoties incidit, tale eft, ut locum faciat de rato fatifdationi. *Inft. de fatif.* in pr.

XLI. De re abfentis agi intelligitur, cum aut agitur de fama eius, inftituta adverfus eum famofa actione: aut agitur de eius libertate, præiudicio: aut agitur de re ab abfente poffeffa, quam ille pro fua poffedit. De fama agitur, veluti fi fufpectus tutor poftuletur. Qua in fpecie ideo Pomponius fcripfit, fi hic abfentis tutoris aliquis defenfor exfiftat, oportere eum etiam de rato cavere: *ne reverfus*, inquit, *tutor velit tractare quod actum eft:* refert Ulpianus in *L. non folum, §. ult. D. de proc.* Sed Ulpianus ibidem hoc notat, & innuit ita effe accipiendum, fi modo is qui fufpectum poftulat, ultro dixerat fe admittere defenforem. *Alioqui*, inquit, *non facile quis per procuratorem fufpectus excufabitur*; neque adeo invito accufatore admittetur defenfor, *nifi conftet a tutore mandatum nominatim:* quo fane cafu ceffat cautio ratihabitionis. *L. 1. C. de proc.* De libertate agitur, cum quis ex libertatis poffeffione petitur in fervitutem ab eo qui eum fervum & fe eius dominum effe dicat: quam ad rem comparata eft præiudicialis actio. *§. præiudiciales. Inft. de act.* In hac cauffa fi exfiftat defenfor, qui abfentis nomine ei qui ex libertate in fervitutem petit, faciat ftatus controverfiam: placet eum debere cavere rem ratam dominum habiturum: poteft enim is poftea ratum non habere, & libertatem fuam ultro, ut antea, etiam vindicare. *d. L. non folum, §. fi ftatus, de proc.* De re ab abfente poffeffa agitur aut in rem actione, aut in integrum reftitutione. In rem actione; fi quis rem tanquam fuam aut ad ius fuum pertinentem vindicet. Qua actione fi quis quafi defenfor conveniatur, & iudicatum folvi, & de rato debet cavere: quid enim inquit Ulpianus fi in hoc iudicio rem actoris effe pronuntietur: & reverfus poffeffor, cuius defenfor exftiterat, velit fundum vindicare? nonne poteft, & nonne videbitur hoc modo ratum non habere, quod actum eft? hoc in *L. Pomponius, §. fed & is, D. de proc.* In hac autem actione non folum defenfor ifte cavere debet actori domino rem ratam poffefforem habiturum, fi cum eo iudicium fufcipiat; fed etiam fi is poftulet a venditore fundi, ut ab eo in ea cauffa defendatur: placet eum hoc idem defideranti creditori præftare debere; qua fi venditor victus agenti fundum reftituerit, nihil prohibeat venire poftea poffefforem qui fundum ab eo actore vindicet, contendens eius fundi fe traditione ab initio, aut poftea ufucapione dominum factum: hoc in *L. qui abfentem, D. de proc.* Reftitutione in integrum res a poffeffore repetitur, veluti cum minor rem a fe alienatam repetens eo nomine fe adverfus alienationem in integrum reftitui poftulat. Et in hac cauffa fi quis adverfus agentem abfentis poffefforis procurator exiftat, imponitur hoc ei, non folum ut fatifdet adolefcenti iudicatum folvi, fed etiam rem ratam dominum habiturum, qui reverfus poteft de re fua adolefcenti controverfiam facere: hoc in *L. non folum, §. eft & cafus, D. de proc.* Ac redeunt denique hæ fpecies ad hanc fummam, ut declarent non alias a defenfore alienæ rei exigi cautionem de rato, quam cum agitur de ea re, in qua reus abfens non folum

reus

reus est, sed 35 potest etiam esse petitor: ut sic de eadem re possit priori actori controversiam facere. Quod si pecunia petetur, aut res cuius præstanda sit æstimatio, nunquam alia satisdatio exigetur a defensore, quam iudicatum solvi quia alia non est necessaria. In hac enim petitione non est periculum, ne cum defensor indicatum fecerit, absens reus de pecunia soluta iterum agat eam repetens. Nam defensor condemnatus pecuniam suam solvit, alioqui ne solvit quidem. Pecuniam suam tradendo eius dominium transfert. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Pecunia in actorem translata non est metuendum, ne possit amplius ab ullo alio ei avocari: cum ut est regula iuris, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non possit, *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.*

CAP.

35) Et ubi non potest exsecutio fieri in Procuratorem. Hæc enim ratio non exigendæ cautionis rati a defensore in personalibus regulariter: quia iudicati exsecutio in ipsum non in eum, quem defendit *L.* 28. *in fi. h. t. L.* 10. *Iud. solvi*, atque ille, ut Accursius loquitur, de bursa sua solvit. Nihil vero interest actoris, a quo suum recipiat. A. Fab. *ad L.* 39. §. *ult. h. t.* Gifan. *ad L.* 40. §. 2. *n.* 20. Ast in realibus, nec iudicato satisfacit defensor, patiendo possessionem rei in actorem ex sententia transferri. Nec aliter potest actor securus reddi. Et ibi itaque cautio de rato, veluti pars quædam est cautionis, iudicatum solvi, A. Fab. *ad d. L.* 40. §. 2. Idem igitur, si actione in personam, species debeatur, & petatur, ex. gr. equus commodatus, Gifan. *ibid. n.* 23.

C A P. X I V.

De vi & potestate procuratoriarum satisdationum, Iudicatum solvi, & Rem ratam haberi. Quid hæ præstent, illa actori, hæc reo, quo utrique cautum sit pro reo, atque utrique adversus procurationis iniuriam consultum esse volumus.

I. SI quæ de præstationibus procuratoriis superiore capite edicta sunt, recte accipimus, hoc efficiunt in summa: eas præstationes esse satisdationes illas duas, quas ab alienæ litis procuratoribus exigi diximus. Iudicatum solvi, & Rem ratam haberi: de quibus exstant separati tituli in Pandectis. Et si recte rem æstimare volumus

lumus, reperiemus in tota illa tractatione superiore sic illas esse constitutas, non ut ambæ promiscue exigi possint & a procuratore actoris, & a defensore rei, sed singulæ singulorum istorum sint propriæ; ac prior quidem illa Iudicatum solvi proprie exigatur à solo defensore, præstetur que actori: posterior Rem ratam haberi exigatur a solo procuratore actoris, & præstetur reo. Etsi enim diximus eum qui alieno nomine actionem postulat, defendere dominum debere, eoque nomine satisdare Iudicatum solvi: *L. sed & hæ, §. defendere, D. de proc*, tamen quatenus id facit, non tanquam procurator actoris facit, sed tanquam defensor rei, cuius & personam nunc sustinet. Tum enim dominus, qui agere cœperat, mutua actione a reo convenitur: in qua conventione, qui modo actor erat, nunc reus esse incipit, & huius procurator eatenus defensor rei. Sed & quod diximus defensorem alienæ litis interdum cavere de rato, meminerimus id eum non facere, nisi quatenus qui prius defensor erat absentis, reperitur idem esse & procurator absentis petitoris, seu eius, cuius petitio nova in ea caussa metuatur. Ergo & Iudicatum solvi satisdatio defensoris est, comparata actoris caussa, quo ei cautum sit de eo quod petitur, ut quantum iudicatum erit, tantum solvatur: & ratihabitionis satisdatio procuratoris actoris, constituta rei caussa, quo ei ita cautum sit, ne dominus cuius nomine nunc agitur, aut postea agi potest, impune iterum de eadem re postea agat. Frustra hæ satisdationes superiorum cautionum caussa, nisi vis & potestas utriusque satisdationis, seu stipulationis eius quæ hanc satisdationem & cautionem continet, nota sit; quo intelligi possit, quid præstet utraque auctori suo; illa actori stipulanti hæc stipulanti reo. Quare si hæ recte supra constitutæ sunt, atque adeo unus constituendi locus est, quæ ita sunt procuratorum propriæ, ut non pertineant ad alios: sequitur, ut ad eam cautionem atque usum obtinendum quæ in his quærimus, deinceps de vi & potestate earum hoc loco cognoscendum sit: nec si de re harum stipulationum quæritur, alius locus est cognoscendi. De his igitur dicam breviter, complexus sententiam eorum titulorum, qui sunt de his satisdationibus in Pandectis, Iudicatum solvi, & Rem ratam haberi: quibus hic proprie locum esse intelligere debebimus. Et dicam eodem ordine, eoque & de satisdatione Iudicatum solvi primum: quam & petitor in edicto a procuratore actoris primum exigit defendendi domini caussa.

Iudicatum solvi.

II. De stipulatione Iudicatum solvi ad eum usum quem inde actori præstari nunc volumus, tres sunt quæstiones, in quibus ut vis, ita & tractatio omnis huius satisdationis versatur: Quomodo recte contrahatur, ut valeat: Contracta quando committatur, ut ex ea agi possit: Commissa ad quid committatur, seu quas habeat præstationes, ut quod huic præstari debet, sit eius petendi & obtinendi potestas.

III. Sic recte contrahitur & utilis est iudicatum solvi stipulatio, si stipuletur actor is, qui id stipulari utiliter potest. Quo in numero sunt, aut actor dominus, aut ex iis qui alieno nomine agunt, procurator, tutor, curator, quibus agendi facultas est. *L. 3. §. 1. §. 2. D. ind.* Procuratorem verum accipimus, cui aut specialiter a domino mandata actio est, aut generaliter omnium bonorum commissa administratio. Sed & eum, cuius actionem sine mandato institutam postea dominus [1] ratam habuit: quia ratihabitio mandato comparatur. *d. L. 3 §. procuratorem, iud. sol. L. vero, D. de sol.* Tutorem autem & curatorem hic accipi volumus, non solum verum, sed & cui agendi facultas est: ut frustra stipuletur iudicatum solvi non solum qui pro tutore tutelam administrat, cum tutor non esset: sed etiam verus tutor, si sit is, cui commissa tutelæ administratio non est, qualis est honorarius tutor; aut non commissa in iis rebus, quarum nomine agitur: veluti si divisa inter tutores administratione, unus agat ex ea caussa, quæ ad administrationem eius non pertineat. Idem est etsi verus tutor & ex administratione agens non tamen tanquam tutor agat, vel quia se tutorem esse ignorat, vel ob aliam caussam. Hæc summa *d. L. 3. §. procuratorem, & §. si tutor, iud. sol.* IV.

1) Etsi post sententiam. Nam & tunc gesta falsi Procuratoris, dominum etiam in sui commodum ratum habere posse, verius, & receptius est, vid. *supra C. 12. N. 7.* Quod & *d. L. 3. §. 2.* probat, quia indefinite loquitur, nec id ad ratihabitionem, quæ pendente iudicio fit, restringendum. Planius vero idem convincit *d. L. 3. §. 3.* iunct. *L. 8. pr. de neg. gest.* Nam coniunctæ personæ facta hæc stipulatio, ita committitur, si dominus ratum habeat. *d. §. 3.* Et imputatur eidem, si negocia gessit, cur non oblata cautione rati egerit *d. L. 8. pr.* Super vacuo sane, nisi postquam ille egerit, & obtinuerit, commodum sententiæ, ad se derivare dominus possit. Itemque *L. 22. §. 3. Rat. rem hab.* Quæ a contrario probat, petita pecunia a falso Procuratore qui de rato cavit, fideiussores eius liberari, si dominus ratum habuerit. Quare ut ratum habere possit necesse est; alias indistincte tenerentur fideiussores, Timæ. Fab. 1. *Annot.* 29.

IV. Quæ cum dicuntur de supra scriptis personis, nempe hoc dicitur, si is qui alieno nomine agit, neque verus procurator erit, neque tutor, aut curator, aut ita tutor vel curator, ut extra administrationem sibi promissam, aut alio nomine agat, frustra hunc stipulari iudicatum solvi; ut quanvis agens nomine domini admissus sit interposita de rato cautione, & per hanc occasionem agenti cautum sit a defensore rei Iudicatum solvi; tamen inutilis sit stipulatio & stipulanti, & domino ei, cuius nomine agitur; usque adeo, ut quanvis forte ex liberis & parentibus aliquis interveniat, vel vir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur; placeat tamen non committi stipulationem, nisi fuerit ei mandatum vel ratum habitum. Neque enim, inquit Ulpianus, *quod eis agere permittitur edicto prætoris, facit eos procuratores*, d. *L.* 3. *§. procuratorem*. Habet hæc sententia hanc rationem, quod qui alieno nomine agit, etsi neque procurator est, neque tutor, neque curator, tamen tanquam unus aliquis horum agit. Nam ut minimum cavet dominum ratum habiturum. In quo nihil aliud profiteri intelligitur, quam aut se iam nunc procuratorem esse, aut postea futurum, ut iam nunc esse intelligatur, ratihabitione nimirum secuta. Quapropter & defensor huic stipulanti promittens, illi non aliter, quam tanquam procuratori eive qui agendi facultatem habeat, promittere existimandus est. Certæ ergo personæ promittit: qualis si non est is, qui stipulatur, necesse est [2] deesse ad obligationem consensum, eoque nullam contrahi obligationem. Sed etsi iure summo valere posset hæc stipulatio: tamen quia ob caussam iudicium suscipitur, ut res domini agatur, & iudicio liberetur reus: si forte absolutus erit, quæ caussa hic nulla est, semper sine caussa petenti actori obstaret doli mali exceptio. *L.* 2. *§. circa*, *D. de dol. mal. & met. exc.* Quod si hic stipulanti actio acquiri non potest, multo minus ex inutili stipulatione, acquiri potest domino, cuius nomine agitur: parumque profecerit stipulator extraneus, si domino ipsi stipuletur iudicatum solvi, cum ius vetet stipulando, aut quovis modo contrahendo alteri per extraneam personam quidquam acquiri. *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de ver. ob. L. quæcunque gerimus*, *D. de oblig. & act. L.* 1. *C. per quas pers. nob. acq.* Commutatur hæc ratio in [3] vero procuratore, tutore, curatore:

2) Arguta ratio, cui firmandæ adiici potest hæc haud scio an non fortior, quia gesta cum falso Procuratore, quandocunque deinde, etsi post sententiam falsum esse constiterit, invalida & iudicium nullum redditur, ut *supra C.* 12. *n.* 5. Neque igitur, vel ex verbis ipsis iudicatum solvi stipulatio committi potest, neque ex priori clausula; cum nec iudicatum quidquam censeatur. Sed nec ex posterioribus clausulis, cum illæ propter priorem interponantur, nec dici possit, rem non recte, ex bono viri arbitratu, defensam esse iudicio, ubi nullum fuit iudicium. Nec dolo factum, quo minus iudicium procederet, aut ad exitum perduceretur. Cum quando hic aliquis dolus intervenit (quod non semper contingit) is sit Procuratoris falsi stipulantis, qui ex mandato se agere mentitus; non vero rei, vel defensoris promittentis, & contra quem committi debet cautio; qui si scivisset Procuratorem falsum esse, non utique satisdedisset; cum hoc ipsi onus fuerit, nec commodum inde speraverit. Cumque eo casu, quo Procurator falsus, aliqua, sed non plena de mandato fide facta: vid. *supra C.* 13. *n.* 27. vel coniunctus, citra ullam mandati allegationem, rati cautionem præstitit; iudicium cum illo suscipere, eique iudicatum solvi, cavere necessum habuerit. Atqui hinc clara lux accendi potest *d. §.* 3. cur coniuncti (ad agendum admissi, etsi fateantur se non habere mandatum, ut *supra C.* 12. *n.* 10.) Procuratores non sint. Nimirum, quanvis iudicium cum illis adversarius subire compellitur, id tamen non ex coniunctione hac consistit, sed interim procedit, ex præsumptione iuris, ob spem secuturæ ratihabitionis domini, quia licet non mandasse constet, ob affectionem tamen, inter huiusmodi personas naturalem, ratificaturus is postea, seu probe, & ex fide bona amici, gesta, creditur. In pendenti itaque est, an iudicium valiturum, quod procedit. Sicuti æque in incerto est, ubi alius, quam coniunctus, qui mandatum se habere asserit, sed non perfecte docet, cautionem rati exposuit. Quanvis hoc interesse possit, quod illic ex futuro eventu, sperato sane, incerto tamen, ratificationis domini semper pendeat iudicium; hic vero natura certum esse queat, quod ex præsenti valeat, ast incertum nobis, si nempe vere mandatum sit Procuratori, sed illud non vere probatum sit. Procedit vero utrobique iudicium, ex ratione, quæ *supra d. C.* 12. *N.* 5. cum & cautione rati, indemnis reddatur adversarius. Itaque si dominus gesta, coniuncti alteriusve falsi Procuratoris, rata habere recuset, iudicium domini, reique conventi ratione, invalidum. Ne tamen hic impune delusus sit, cum utrumque iuris necessitate admiserit, stipulatio quidem rati, pro reo contra coniunctum, aliumve, qui sine mandato agens eam exposuit, committitur. Quo ipso & huius mendacium, & illius inconsulta temeritas punitur, & quod rei interest, lite non inaniter vexari ipsi præstatur, etiam tunc, cum sententia contra reum dicta, si illam dominus acceptare nolit, sed litem ipse instaurare malit. Iudicatum vero solvi stipulatio pro coniuncto hoc, falsove Procuratore committi nequit, tum quia utrique, ut Procuratori promissum, quæ qualitas, ut *hic noster*, tum quia, ut nos modo diximus, iudicatum dici nequit, ubi iudicium nullum. Iudicium autem non minus nullum, quod cum coniuncto susceptum non secuta ratihabitione, quam quod cum alio quovis *L.* 7. *Cod. de reb. cred.* Denique (quæ ratio ex mera æquitate priori, quæ ex intimo iure, accedit) quia absurdum, illum ex improbitate, hunc ex temeritate sua, lucrum captare, cum manifestaria fraude rei conventi, iudicioque (sed quod nullum esse apparet) condemnati. Committeretur quippe stipulatio, non domino (hunc enim ponimus gestis non acquiescere) sed coniuncto, vel Procuratori qui domini nomine egit. Quod si itaque huic solveret reus, obligatione tamen se non redimeret, cum nec vero litis Procuratori, facta solutio liberet *L.* 86. *de sol.* quin domino vero, actio, & exactio integra esset. Itaque in evidenti damno poneretur is, cui nihil imputari potest, quod iudicium prius susceperit, quod iure cogente debuit. Quin itaque etsi iudicium consisteret, ac iudicatum vere esset, (cum contra sit) doli tamen exceptione agens, ex stipulatu repelleretur, per ea quæ *infra N.* 4. Ubi vero ratum habuit dominus, stipulatio committitur *d. §.* 2. etsi id fecerit dominus, post sententiam, ut *N. præced.* Quæ & ex his lucem accipiunt. Alias coniunctus agens pro coniuncto nocere ipsi tantum posset, secuta ratificatione, prodesse ne sic quidem: Itaque ille finem sibi propositum, qui fuit, ut agendo inserviret commodis amici, nunquam assequeretur.

3) Veri autem nomine intellige ex sententia Donelli nostri ut *supra N.* 1. etiam qui initio falsus, vel si coniunctus egit, & utriusque gesta rata habita.

tore: qui quemadmodum ut tales stipulantur iudicatum solvi, ita re vera tales sunt: ut quam ob caussam stipulatio contracta est, etiam talis caussa subsit stipulationi. Adeoque utilis est stipulatio in persona superiorum stipulatorum, ut non ipsis solum inde acquiratur directa actio, sed etiam ipsis dominis 4 utilis, & hæc quidem eo iure, ut in ea domini stipulantibus præferantur. *L. si procurator*, 28. *L. quod procurator*, *D. de proc. L.* 5. *§. Iulianus*, *§. si actori*, *D. de pec. const.*

V. Utiliter contracta stipulatio indicatum solvi committitur varie; ut sunt scilicet variæ & dissimiles clausulæ huius stipulationis. Iudicatum solvi stipulatio, tres clausulas in unum collatas habet: de re indicata, de re defendenda, de dolo malo. Definitio Ulpiani in *L.* 6. *D. de iud. sol.* Tres clausulas idest partes tres, ac veluti membra, suis orationibus ac clausulis distracta: sive quod idem est, tria, quæ 5 hac stipulatione promitti intelliguntur. Quæ cum dicit esse de re indicata, de re defendenda, de dolo malo; hoc significat; eum qui satisdat indicatum solvi, etiam si nihil amplius verbis adiiciat, tria hæc cavere & promittere intelligi, se iudicatum soluturum, rem defensum iri, dolum malum in ea caussa abesse abfuturumque esse. Prima clausula verbis ipsis exprimitur aperte: ut non sit quærendum, quomodo hac stipulatione contineri dicatur. Reliquæ duæ non exprimuntur: sed efficiuntur ex priore de contrahentium d sententia, propter quam ipsam & stipulatione continentur. Sic enim mens est & sententia omnium quid caventium, ut cum aliquid promittunt & cavent, velint quoque præstari omnia, sine quibus quod cautum est, præstari non potest. *L.* 1. *§.* 1. *D. si usufr. pet. L.* 3. *§.* 1. *D. de ser. rustic. præd. L.* 2. *D. de iurisdict.* Iam vero non potest lite instituta iudicatum solvi, nisi res iudicata sit, nec potest iudicari, nisi defendatur, id est, nisi iudicium suscipiatur rei defendendæ caussa. Sic enim est ius Romanum, ut ad sententiam perveniri non possit, nisi lite prius cum adversario contestata, ut postea suo loco dicetur. Sed & res iudicari non videtur, quæ perperam iudicata est dolo malo defensoris. Hinc postquam defensor promisit iudicatum solvi, accedunt illa duo per consequentiam, ut idem promittere intelligatur, rem defensum iri, quo iudicetur; & dolum malum abfuturum esse, quo recte & ex bona fide iudicetur. Ut sunt igitur hæ clausulæ & cautionis partes, quæ, ut apparet, non unam conditionem habent, ita varie pro unaquaque clausula hæc stipulatio committitur, & ad res diversas. Ut proinde ipsæ per se clausulæ distincte cognoscendæ sint, & in his horum utrumque coniunctim spectandum, quando singulæ & ad quid committantur.

VI. Prima igitur clausula, & veluti prima cautio huius stipulationis, unde & regulæ pendent, est ea quæ, ut dixi, verbis exprimitur, & a qua stipulatio tota 7 nomen habet, iudicatum solvi. Sic dicta, quod defensor aut defensoris nomine reus promittit, se quod iudicatum erit, soluturum, præstaturum: sic explicatur *Inst. de satis.* in pr. *L. pen. D. iud. sol.* Committitur ergo ex hac parte stipulatio, cum de re & lite instituta 8 iudicatum fuerit. *L. hæc stipulatio*, *§. habet*, *D. de op. no.*

4) *L.* 5. *de Pret. stip.* Eademque potior directa: cum si Procurator agat, exceptione repelli debeat; *d. L.* 28. sive Procuratoria, quod non amplius sit Procurator, lite finita, ut Gifan. *ibid. n.* 2. sive doli, ut Ant. Fab. & melius, quod dolo exigat is, cui solutio facta debitorem non liberat *L.* 16. *pr. de pact.* Atque sic exponenda verba extrema *L.* 27. *de Procurat.* neque ex illis Tribonianus corruptionis, & inscitiæ, cum Febro *ibid.* & 12. *Coniect.* 4. arguendus. Ac etsi egerit Procurator & exegerit, domino actio superest *d. L.* 28. quia sibi imputet reus, quod exceptione non usus. Eadem obtinent etsi a Procuratore in dominum, aut a domino, vel procuratore in Procuratorem iudicium translatum: quia litis translatio, prætore auctore, *d. L.* 27. *in fi. pr.* facta, translationem actionis inducit, sed utilem, Gifan. *in d. L.* 27. *n.* 9. Neque priori casu, cessio actionis necessaria, vid Gœd. *de Contr. stip. C.* 10. *n.* 30. Mirum vero, quod A. Fab. *d. L.* 27. *§.* 1. totum eum § ideo Triboniano adscribat, quod ex iuris ratione, nec utilis actio quæri possit domino, stipulatione Procuratoris, nisi vel præsente illo, vel ex re eius facta sit. Idem tamen *d. L.* 28. ubi idem habetur, Ulpiani esse agnoscit. Huiusque rei rationem hanc, non nihil, reddit, quod stipulatio hæc, ceu prætoria, interpretationem ex mente prætoris capiat *L.* 52. *de V. O. L.* 9. *de stip. præt.* Is vero in hunc finem iniungit, ut iudicati actio sit paratior. Cui itaque iudicati actio eidem & ex hac stipulatione.

5) Una vero hæc stipulatio, sicuti passim vocatur, non tres, ut & probat *L.* 5. *§.* 2. & *L.* 13. *pr. et L. ult. h. t.* quia non nisi semel committi potest. Nec igitur probanda emendatio Vult. *ad Tit. I. de satisd. n.* 19. pro. iis, quæ vulgo in *§.* 4. *I. d. t.* leguntur *satisdationem solemni stipulatione* reponentis *satisdationis solemnes stipulationes*.

d) Immo, dices, ex verbis, si recte, Duar. *ad h. t. C.* 3. ita concipit censens. Quod iudicatum erit, ab hoc iudice, nisi appellatione, id irritum fiat, rem boni viri arbitratu defensam iri, dolum malum abesse, absuturumque esse spondes. Et perfectiorem formolam, clausulas has distincte continentem refert, Cuiac. 10. *obs.* 29. & *in Lib.* 8. *Pauli ad Edictum ad L.* 14. *h. t.* Sed recte noster. Nam *L.* 3. *pr. h. t.* dicit priorem clausulam reliquas in se habere, & stipulationem una clausula claudi, scilicet, quod verba. Plane nihil impedit, omnes has clausulas diserte exprimi, itaque cavillationibus vitandis expedit, & necessarium tunc, si in aliqua earum plenius sibi prospicere, actor velit: veluti, ut & dolus extranei contineatur. Nam ut adiici possit *si huius rei &c. ut d. L.* 19. *§.* 1. necesse est verba ista ad quæ se hæc referunt *dolum malum abesse &c. d. L.* 19. *pr.* præcedere. Et huius plenioris cautionis formola est, apud Cuiac. *d. C.* 29 add. Briss. *lib.* 5. *de formul. p.* 393.

7) Quia præcipua est, ea sublata, per acceptilationem, solutionemve evanescunt cæteræ, quæ propter hanc interponuntur, ut iudicari possit, Cuiac. 10. *Obs.* 29.

8) Vere non si nulliter, veluti non præmissa citatione, nec si sententia effectum non habeat; Matth. de Afflict. *Decis. Neap.* 182. *n.* 3.

no. nunt. Committi enim dicitur omnis ſtipulatio ſub conditione contracta tunc cum conditio ſtipulationis exiſtit, ut exinde agi poſſet. *§. ſub conditione, Inſt. de verb. obl.* Licet obſervare hanc ſtipulationem iudicatum ſolvi conditionalem eſſe, & hanc conditionem habere, ſi iudicatum erit. Nam hoc ipſum iudicatum ſignificat quod iudicatum erit. Hæc autem oratio, quod iudicatum erit, & generaliter omnis demonſtratio in futurum concepta conditionem habet: ut, quod iudicatum erit, hoc continet, ſi iudicatum erit. *d. L. ſtipulatio, §. habet, de op. no. nunt.* Stichus qui meus erit, ſi moriar, hoc efficiet, ſi meus erit cum moriar. *L. 6. D. de leg.* 1. Quo fit, ut re iudicata, quo facto conditio huius partis exſtitit, neceſſe ſit committi ex hac clauſula hanc ſtipulationem.

VII. Et hoc ex verbis ſemper, ſi ſimpliciter res iudicata erit: at non item ſemper ex mente & ſententia contrahentium; ſed ita, ſi iudicatum erit a quo oportet, qua de re oportet, & adverſus quem defenſorem oportet: ut in hoc iudicato præter ſententiam iudicis tria hæc ad committendam ex hac parte ſtipulationem ſpectanda ſint; perſona iudicis, res de qua iudicatum eſt, & defenſor adverſus quem iudicatur. In perſona iudicis hoc quæritur, ut ſit is, ad quem qui acturus erat, declarabat ſe iturum eſſe, idque deſtinans ſtipulatus eſt iudicatum ſolvi. Quod ſi cum ad certum iturum ſe tum oſtenderet, poſt egerit apud alterum; quanvis defenſor conſenſerit, non tamen [9] committetur ſtipulatio adverſus fideiuſſores: idque ex conſenſu: *quia*, inquit Ulpianus, *non huius iudicis ſententiæ fideiuſſores ſe ſubdiderunt. L. 3.* in pr. *D. iud. ſol.* Idemque eſt, etſi ab initio ad eumdem iudicem itum ſit, & res ab eo iudicata; ſed ſententia adverſus actorem lata cum is appellaſſet, ventum ſit ad iudicem appellationis, [10] de quo in cautione nihil convenerat, ut ei iudicare liceret, & is defenſorem condemnarit. Etiam hic, inquam, Scævola reſpondit, ſtipulationem non eſſe commiſſam. *L. pen. D. eod.* quia ſcilicet & hic alius iudex fuit, quam is in quem ab initio defenſor & fideiuſſores eius conſenſerunt.

VIII. In re de qua agitur, hoc exigimus, ex eodem conſenſu partium, ut ſi quis actione certa acturus ſtipulatus ſit iudicatum ſolvi, etiam eadem actione agar, & de ea iudicetur. Quod ſi quis quaſi in rem actionis ſtipulatus ſit iudicatum ſolvi, deinde [11] in perſonam agat; vel alia actione acturus aliam dictet, non committetur ſtipulatio: quia, inquit idem Ulpianus de alia actum videatur, de alia interpoſita ſtipulatio: ideſt, quia in eam actionem fideiuſſores non conſenſerint: hoc in *L. cum quærebatur, §. ult. D. iud. ſol.*

IX. In perſona defenſoris non ſolum hoc exigitur, ut iudicetur adverſus [12] eumdem defenſorem, ſed etiam ut iudicium accipiatur cum eo, qui tum ſit in eadem cauſſa, in qua fuit tempore interpoſitæ ſtipulationis. Quod ſi quo tempore iudi-

9) *L. 64. de iud.* Hinc vulgaris theorica: Mutatio iudicis liberat fideiuſſorem, Cæſar Urſill. *Annot. ad Afflict. Deciſ.* 182. *n.* 4. ubi *n.* 5. idem tradit, etſi notarius appoſuerit clauſulam, quod coram alio iudice teneatur. Contra tamen videtur, ſi illa ex ſcientia fideiuſſorum, nec mero more & ſtilo appoſita, per *Text. L. pen. in fin. h. t.* Quin imo Giſan. *ad L. 27. §. 1. h. t. n.* 6. hoc ita demum admittit, ſi ſtipulatio in incertum iudicem concepta, & Teſſaur. *Deciſ.* 202. *n.* 14. ſi nominatim indeſignatus, eiuſque iudicio ſe arctavit. Quanquam hanc reſtrictionem vix probandam putem, etſi & noſter eo inclinet; quia textus generales; & in iudicio fere interponitur hæc cautio, ubi io præſentem conſentiunt; & fideiuſſio ſtricti iuris. Quin nec mediante iuramento fideiuſſorem trahi ad alium iudicem, poſt plures relatos Anton. Hering. *de Fideiuſſ.* C. 20. §. 26. *n.* 2. Sed hæc in mutatione iudicis ordinarii. Secus ſi ab eodem quis delegatus. Cæſar Urſill. *d. loc. n.* 6. Teſſaur. *d. loc. n.* 22. Hering. *d.* §. 26. *n.* 6. vel illi ſucceſſor datus, Teſſaur. *d. n.* 12. quia tunc idem iudicium manet, vid. *ſupra Lib.* 17. *C. ult. n.* 13. niſi nomen iudicis, in ſtipulatione expreſſum. Quomodo accepta dicta declaratio Giſani, & Teſſauri probari poterit.

10) Facit *L. 8. §. 3. de fideiuſſ. §. 4. in fin. l. de ſatiſdat.* Quia vero in ſpecie *d. L. pen.* nominatim iudex deſignatus, inde Teſſaur. *Deciſ.* 202. aliud eſſe, ſi ſimpliciter fideiuſſit, pluribus contendit, itaque in Curiis omnibus iudicari teſtatur *n.* 12. & in Rota Romana ſic iudicatum refert Ant. Gabr. Rom. *Lib. 3. Comm. Concluſ. Tit. de Fideiuſſ. Concl.* 4. *n.* 2. Quanvis vero Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 20. §. 20. idem etſi ſimpliciter acceptus, ſtatuat, quia, ait idem *n.* 9. *& ſeq.* etſi cauſſa eadem, quoad merita, inſtantia tamen differt, & ita pleroſque ſentire ſcribat, quos refert, *ibid. n.* 4. *&* 5. Et Fachin. 8. *Contr.* 57. quia iudicium appellationis, diverſum a priori, ideo etſi, in eo prior ſententia confirmetur, fideiuſſionem extendendam non eſſe. Placet tamen magis Teſſauri opinio, quia, ut idem *ibid. n.* 13. non vere mutatur iudicium, nec lis dicitur finita. Et, quo maxime moveor, ne in poteſtate calumnioſa adverſarii ſit, an fideiuſſores ſuos tenere velit, ſicque adverſarius, contra bonam fidem decipiatur. Plane ad vitandas cavillationes monet idem expedire, ut fideiuſſio extendatur in omni inſtantia &c. Quod ſi ab interlocutoria appellatum, fideiuſſionem non expirare, minus dubii videtur, cum *d. L. pen. h. t.* de hac accipi non poſſit, cen iure civili non probata. Ita tamen, poſt multam demum diſceptationem obtinuiſſe, innuit Cæſar Urſill. *Annotat. ad Deciſ. Afflict.* 182. *n.* 6. Qui in inſtantia Reviſionis &c. Vid. Anton. Hering. *d.* §. 20. *n.* 28. *& ſeqq.*

11) Qua de re vid. A. Hering. *de Fideiuſſ. C.* 20. §. 26. *n.* 24. *& ſeqq.* ubi *n.* 38. *& ſeqq.* inquirit, num poſſit ad actionem priorem reverti, quod ita ſtatuit, ſi eodem iudicio errorem corrigat.

12) Non ſi tranſlatum iudicium, a perſona defenſoris, in dominum *L. 1. § fi. quib. mod. pig. ſolv.* quia ea perſonæ mutatio neceſſe eſt perimat ſtipulationem: cum fideiuſſores non pro re, ſed pro defenſore intervenerint. Etſi aliud ſit, iudicio a perſona Procuratoris actoris tranſlato, ut *ſupra N.* 4 quia hic perſona mutatur, non iudicium; quod cum omnibus qualitatibus tranſit. A Faber *ad d. L.* 27. Nec obſtat verbis ſtipulationis ea mutatio, quæ in illa non ſolet comprehendi. Giſan. *ibid. n.* 7.

cium acceptum est, alia caussa defensionis fuit, placet quamvis re adversus eum iudicata non committi stipulationem: hoc in *L. si ante*, *D. eod.* ubi & illud declaratur, quibus modis defensor ante iudicium acceptum in alia caussa esse desinat. Est autem hæc sententia, tribus modis id accidere. Uno modo, si hic defensor vere rei procurator fuit, & ante iudicium acceptum prohibitus est a domino: dum tamen actor [13] sciens prohibitum esse, egerit. Nam si ignorarit, imputari debet defensori, qui id sciens actorem non monuerit. Altero modo e converso, si qui absentem sine mandato defendens satisdederat, postea [14] ab eo procurator datus hoc modo iudicium acceperit. Tertio, si defensor antequam iudicium acciperet, heres reo exstiterit. Quæ si ita sunt, sic iam de hac parte recte definiemus, ex clausula de re iudicata sic stipulationem committi ob rem iudicatam, si res iudicata erit ab eo iudice, ad quem stipulator stipulatus est ab initio iudicatum solvi; & quæ initio actio instituebatur, etiam de ea iudicatum sit; & iudicatum adversus eum defensorem, qui quo tempore iudicium accepit, in eadem caussa fuit, in qua tum cum satisdedit.

X. Re ad hunc modum iudicata, sic committitur ex hac parte iudicatum solvi stipulatio, ut statim [15] committatur, & statim dies eius cedat; diem enim nullum habet stipulatio, quæ verbis pure contracta est. Placet tamen hic quoque idem tempus inesse ad solvendum, quod reo principali indultum est, in quod adversus defensorem & adversus fideiussores exactio differatur. *L. 1. D. iud. sol.* Id tempus est legitimum, quod iudicatis ad solvendum bumanitatis caussa indulgetur. *L. intra*, *D. de re iud. L. cum militi*, *§. 1. D. de comp.* Recte autem putatur id quoque tempus inesse stipulationi iudicatum solvi. Inest enim re vera hoc ipso, quod promittitur solvi iudicatum: quoniam iudicato, hoc ipso quod tale est, adiunctum est iure superius illud beneficium dilationis, de quo dixi.

XI. Commissa ex hac clausula stipulatio quid petat, seu ad quod committatur, ipsa per se ostendit. Promittit enim iudicatum solvi. Nempe & in hoc ipsum committitur, quod iudicatum est; ut quemadmodum a defensore id solvi debet, ita & ut debitum peti possit a stipulatore. Quod cum Ulpianus posuisset in *L. 9. D. iud. sol.* ex eo collegit ibidem, iudicatum solvi stipulationem expeditam quantitatem habere. Expeditam, idest, certam. Recte. Nam si semper sententia iudicis certam quantitatem continere debet, alioqui futura inutilis. *§. curare*, *Inst. de act. tit. C. de sent. quæ sine cert. quantit. prof.* non potest, quin sit certa quantitas de qua iudex pronuntiaverit, si modo recte pronuntiavit. Non est contrarium huic sententiæ, quod Paulus scribit in *L. 2. §. 1. D. de præt. stip.* his verbis: *incertam quantitatem continet stipulatio iudicatum solvi.* Nam pro diversis temporibus, de quibus auctores sentiunt, recte utrumque dicitur. Iudicatum solvi stipulatio certam quantitatem habet tunc, cum committitur. Tunc enim committitur, cum ante iudicatum est, & res iudicata certam quantitatem expressit: ac de hoc tempore aperte scripsit superius illud Ulpianus. Eadem stipulatio Paulo incertam quantitatem habet; nempe ab initio, [16] seu conceptione ipsa stipulationis: de quo tempore semper existimandum est loqui scriptorem, qui de stipulatione loquitur, nisi appareat eum de alio tempore sensisse.

XII. Altera clausula iudicatum solvi stipulationis est de re defendenda, qua promit-

13) Ut vero sciri possit, intimanda est revocatio Procuratoris iudici, vel parti; alias gesta per eum tenent, quoad præiudicium revocantis *C. mandatum 13. extra h. t.*

14) Quia, qui antea ceu defensor satisdedit, postea tanquam Procurator in iudicio versatur, & sic mutata conditio eius, pro quo fideiusserunt. Aliud est, si qui mandato carens, satis accepit, postea, mandato accepto, egit *L. 11. Qui satisd. cog.* quia eadem est persona eius, cui ab initio voluerunt obligari fideiussores; ita Ant. Fab. *ad d. L. 11.* Et ille tanquam Procurator satis accepit; Unde manditum, post interpositam cautionem secutum, firmat gesta & gerenda, vim habens mandati, quoad futura, & ratihabitionis tacitæ, quoad præterita, Vasq. 2. *Contr. usu freq. 15. n. 9.*

15) Et committitur igitur contra Procuratorem, qui promisit, & fideiussores; in dominum vero ex stipulato actio non datur *L. 28. de Procur.* Neque enim uti melior domini conditio stipulatione Procuratoris reddi potest; ut *supra N. 4.* ita & deterior promissione, Gifan. *in d. L. 28. n. 5.* Et male itaque Ant. Faber negatione, ceu irreptitia sub nota, legit, *in me actio datur*, quia, ait idem, domino actio ea stipulatu utilis, quia eidem actio iudicati. Ergo & contra dominum reum, actio ex stipulatu, quia in eum, & solum regulariter, iudicati actio. Sed negatur consequentia, ex prædicta ratione. Accedit, quod per alium, litigantis conditio, non deterior esse debet, quam si per se. Dominus vel Principalis, actor si ipse egisset: utique a Procuratore, vel defensore rei iidem satis accepisset; neque præter iudicati actionem etiam ex stipulatu haberet. Dominus vero reus, eodem casu, cautione præstanda non oneraretur *L. 5. §. ult. Quib. ex ca. in poss.* Quare, nihil est, cur actor ex stipulatu, actionem in dominum desideret. Inauditum denique ex promissione alterius, alium, vel aliter, obligari. Nam regula quidem *alteri stipulari non licet*, exceptiones plures habet; illa vero *de alio promittere non licet*, nullas, vid. *supra Lib. 12. Cap. 16. & seqq.* Tantum abest ut hic, qui non de alio, sed de se promisit, alium obliget. Quia, ubi ex facto alieno quis tenetur, ut in actione. Quod iussu, exercitoria, institoria: non illa tamen actio, quæ ea gestione cum altero oriri solet, sed peculiaris & propria. Ex gestis vero cum Procuratore contra dominum, nulla actio prodita *supra Lib. 15. Cap. 49. vers. nec si.*

16) Cum non constat, in quantum reus damnabitur, eventusque iudicii incertus, Pac. 7. *Evant. Q. 48.*

mittitur rem defensam iri. Hæc clausula quomodo committatur, & quam ad rem, ex communi lege stipulationum faciendi iudicandum est. Promittitur hic rem defendi. Stipulationum quæ in faciendo sunt, conditio est hæc, ut verbis promittatur factum quod in stipulationem deductum est: re ipsa promittatur pecunia, seu id quod interest, sub conditione, si factum non sit id, de quo cautum est. Unde dicitur & in his stipulationibus venire ab initio id quod interest, si factum non sit, quod debuit. *L. si pœnam*, *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Pertinet igitur hæc lex & ad hanc clausulam, quæ in faciendo est: ut dicendum sit stipulationem ex hac parte tunc committi, cum quod in hac defensione ex stipulatione præstari debuit, constabit præstitum non esse. Videndum igitur, quid hic promittatur, ut præstari debeat; quo præstito scilicet, satisfiat stipulationi; non præstito, stipulatio committatur. Et apparet hac clausula promitti defensionem rei de qua controversia est, cum stipulatio interponitur. Quæ si verba tantum sequimur, quandocunque ea res de qua tempore stipulationis agebatur, non defendetur, committi videbitur stipulatio; & rursum cum ea defendetur, non committi, qualiscunque defensio eius rei fuerit oblata. Quorum utrumque secus est, dum a verbis discedentes, id quod a contrahentibus agitur, spectamus. Rei defensio enim promittitur, rem hic accipimus quæ defendi iudicio debet, & quatenus defendi debet, Non est enim defensio, nisi eius rei, quæ subest, & quæ natura sua defensionem recipit. Nam quæ non recipit, in ea aut impossibilis est, aut contra mentem contrahentium defensio: quorum utrumque obstat obligationi. Nam neque impossibilium ulla obligatio est. *L. impossibilium*, *D. de reg. iur.* neque ulla ex contractu præter consensum. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl.* *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* *L. non omnis*, *D. si cert. pet.* Sed & defensionis verbo non quamlibet defensionem intelligere debemus, sed iustam, & qua fiat, ut res recte defendatur. *L.* 5. §. *ult. D. iud.* Nam quæ secus defenditur res, ea vitiose defenditur: quod autem vitiose fit, id nec fieri videtur. *L. quoties*, *D. qui satis. cog.* Hinc de implenda aut committenda hac parte stipulationis indicetur.

XIII. Nempe ergo duæ res hac parte obligationis promissorem singulæ liberant: contrariæ coniunctæ ob rem non defensam stipulationem committunt. Duæ liberant, & hæ per se singulæ: res quæ defendi posse desiit, & recta defensio. Pro quo Africanus dixit hanc stipulationem, quæ de re defendenda est, simul atque defendi cœperit, aut defendi debere desierit, resolvi in *L. hac stipulatio*, *D. iud. sol.* In primis res ipsa, quæ defendi debere desiit, promissorem liberat. Ea res defendi debere desinit, cuius lis sive actio post interpositam stipulationem iudicatum solvi mortua finitave est: ut proinde de ea nec iudicium, nec iudicii defensio postulari aut expectari debeat. Quocunque ergo modo accidat, ut ita lis finiatur, puta solutione, transactione, acceptilatione, vel quo alio modo ex iis, quibus solvuntur obligationes; placet evanescere ob rem non defensam clausulam *L. cum quærebatur*, in fin. princ. *L.* 2. *iud. sol.* Ergo etsi reus cuius defensor satisdedit, heres extiterit petitori, ut sic tolleretur obligatio confusione. *L. si petitor*, *eod.* Idem est, si homo petitus mortuus sit extra moram debitoris, ut sic eius interitu debitor liberetur, aliter atque, si perierit post litem contestatam, utpote mora iam facta. *L. si servus*, *eod.* Atque hoc illud est, quod aliis verbis ita definitur in [17] *L. vir bonus*, eod. *vir bonus non arbitratur indefensam esse rem, de qua prætor iudicium accipere non cogat.* De ea prætor iudicium accipere non cogit, cuius obligatio & actio sublata est vel ipso iure, vel per exceptionem. Atque hæc est quæ iudicio defendi posse desiit. Hanc vero rem non arbitratur vir bonus indefensam esse: non quod ea videri debeat defensa, quæ re vera defensa non est: sed quod cum rem indefensam esse dicimus, intelligimus eam rem quæ alioqui defendi debuerit, Quo in numero non est ea, cuius petitio sublata est, de qua proinde prætor iudicium accipere non cogat. Et merito hæc dicitur defendi non debuisse, atque adeo non potuisse; quorum defensio ista iudicii defensio intelligitur: actione autem sublata nullum iudicium esse potest iure debiti persequendi caussa.

XIV.

17) Potest & sic accipi d. L. 18. si una aliqua caussarum intervenerit, de quibus *infra Cap.* 16. *lit.* 8. *& seqq.* Quomodo Cuiac. 6. *ad Afric. in L. ultim. de Procur.* tres vel quatuor intellectus recipere *d. L.* 18. Sed iungendam esse *L.* 44. *de Procur.* Species, ait, sic ponenda. Cavit defensor, vel Procurator, iudicatum solvi; Recusat litem contestari, caussa reddita, quod capitales inimicitias, exem. gr. in se ceperit reus. Hic præter iustam caussam, necesse est nulla sit captio actoris, propter temporis tractum. Alioqui nihilominus defendere cogitur, hactenus ut præscriptio interrumpatur, *L.* 12. *de Procur.* Si igitur & iusta caussa & nulla captio actoris, non committitur stipulatio, quia id vir bonus, non arbitraturus.

XIV. Observandum est autem superius dictum esse de re, de qua tota prætor iudicium accipere in universum quemquam non cogat. Non idem probandum est, si res sit in ea caussa, ut duret de ea re obligatio & actio, sed reus propter conditionem aliquam privatam personæ indicium accipere non cogatur. Ut puta, reus pro suo defensore satisdedit iudicatum solvi, quod ei facere concessum est, & ita defensoris sui personam firmare. §. *sin autem*, *Inst. de satis.* Deinde reus demens factus est. Cum demente nec indicium, nec quidquam aliud, quod negotium in se habeat, interponi gerive potest. *L. in negotiis*, *D. de reg. iur:* ut proinde nec demens iudicium accipere cogatur. Aut idem magistratus creatus est, qui iure publico in ius vocari non possit, eoque nec iudicium accipere. *L. 2. D. de in ius voc. L. pars*, *D. de iud.* Placet nihilominus si res ab alio non defendatur, committi stipulationem ob rem non defensam, & fideiussores teneri. *L. 3. §. si reus*, *L. si reus*, *D. iud. sol.* scilicet quia hic non res, de qua prætor iudicium accipere non cogat; sed tantum persona quam non cogat; re interim integra manente, quæ defendi possit, & debeat.

XV. Altera res superiori clausulæ satisfacit, atque hoc modo promissorem hac parte cautionis liberat, recta & idonea rei defensio. Rem aliquo modo defendi debere, verba promissionis ostendunt: Est autem defendere, iudicium accipere de ea re de qua agitur. *L. sed & hæ §. defendere*, *D. de proc.* Sed iure fit, & sententia contrahentium, ut hic amplius res debeat recte defendi. *d. L. 5. §. ult. iud. sol.* quia, ut dixi, nec videatur defensum, quod vitiose defensum est, *d. L. quoties*, *qui satis. cog.* Recte defendi intelligitur res, quæ defenditur a quibus oportet, quomodo, quo loco, & quo tempore oportet: ut ad rectam istam defensionem hæc spectanda sint; persona defensoris; defendendi modus; defensionis locus; & tempus. In persona defensoris quis ad defensionem accedat, nihil interest; isne defensor, qui satisdedit, an alius quivis eius aut rei principalis nomine. In satisdatione nova interest. Sunt enim ex istis alii, qui sine ulla nova satisdatione iudicatum solvi, recte defensionem suscipiant: sunt, qui sine nova satisdatione non admittantur. Si quæ personæ in stipulatione demostratæ sint, per quas rem defendi liceret, conventio facit, ut per eas recte res defendatur sine alia cautione. *L. 5. §. nunc videamus*, *D. iud. sol.* Si defensor extrinsecus interveniet, inter hos etiam dominus recte & suo iure defensionem suscipit sine satisdatione: usque adeo, ut [18] etiam lite cum uno ex fideiussoribus contestata possit is defensionem suscipere; & quidem ita, ut fideiussor, cum quo actum fuit, absolvi debeat: dum tamen dominus defensionem suscipiat ante rem iudicatam: alioqui fideiussore, qui iudicium acceperat, condemnato, sera sit defensio eius, adversus quem iudicium esse desierit: hæc in *L. 3. §. ult. L. 4. L. 5.* in pr. *D. iud. sol.* Alius extraneus si ad defensionem accedet, admittetur is quidem, nec committetur iudicatum solvi stipulatio; sed ita, si paratus sit rem boni viri arbitratu defendere, idest, satisdare. *d. L. 5. §. nunc videamus, iud. sol.* Novus enim defensor hic est, & is plane extraneus. Proinde & nova satisdatione ad defensionem indiget. Idque efficit regula iuris, quæ dictat neminem idoneum defensorem esse sine satisdatione. *L. qui proprio*, *§. eum qui*, *D. de procur.* In numero horum extraneorum defensorum habentur etiam ipsi defensoris fideiussores, qui stipulatione ad defensionem comprehensi non sunt: ut his quidem defendentibus non committatur stipulatio ob rem non defensam, quia recte cum illis res iudicata fit: sed tamen tanquam reliqui extranei defensores satisdare debeant: hæc sententia est. *L. 5. §. si ex fideiussoribus*, *iud. sol.* Modus defendendi hic est, ut res in solidum defendatur. Pro parte defendi non potest: ut proinde quanvis unus ex pluribus fideiussoribus, aut unus ex pluribus heredibus defensoris paratus sit re pro parte defendere, tamen res in totum indefensa intelligatur, committaturque stipulatio etiam adversus eum, ob rem indefensam. Sic sunt facta, & faciendi stipulationes, ut divisionem non recipere existimentur. *L. stipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* Et nominatim [19] hoc de defensione scriptum est in *L. cum ex caussa*, 139. *D. de verb. obl.* Inde dictum in *L. ex clausula*, *D. iud. sol.* ex clausula de re

18) Et sic dominus potest purgare moram, quia lis, non secum contestata est. Ergo per *tit. C. Res int. al. act.* Fideiussor autem sic liberatur non ex purgatione moræ, sed accessionum natura. *Don. ad L. 91 §. 3. de V. O. n. 13.*

19) Et ne, defensione scissa, durior reddatur actoris conditio. Contra, ubi plures sunt fideiussores, si vel unus ex his, pro solido defendat, non committitur contra eos, qui non defenderunt *L. 42. §. ult. de Procur.* quia hæc stipulatio, non ad personam, sed ad factum ipsum, impersonaliter refertur. Ant. Fab. *ad d. §. ult.* Quid si stipulatus a duobus fideiussoribus, unum liberavit, num actio, contra alium, in solidum tenet, vid. Matth. de Afflict. *Decis. Neap.* 182. *n.* 10. *& seq.*

re iudicata de dolo malo: ob rem non defensam in solidum committi stipulationem: idque hac ratione, quod non videatur defensa res boni viri arbitratu, quæ non in solidum defensa sit. Optima ratio praecedentis sententiæ. Nam si res non defenditur, necesse est in solidum committi stipulationem eius rei, quæ in solidum defensa non est. Sin recte defenditur, tum & hæc ipsa in solidum defenditur; ut consequens sit & de ea in solidum iudicari, sive recte, sive perperam. Sed & hoc in modo defendendi est, ut si plures sint unius rei fideiussores, plures defuncti heredes rem per alium defendere parati, necesse habeant unum procuratorem dare per quem res defendatur, si hoc actor postulet: ne actio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem. *L. 5. §. pen. eod.* Defendendi locus idoneus est, ubi agi debet, ut est in *L. 5. §. ult. iud sol.* hoc sic accipe, ubi agi debet cum reo, idest, ubi reus conveniendus est, & se defendere debet: nam actor rei forum sequitur. *L. 2. C. de iurisf. om. iud L. ult. C. ubi in rem act.* Atque is locus ideo & defensori constitutus est quo res recte defendatur; quia ubi reus principalis defendi debet, ibi æquum est & eum iudicium subire, qui rei vice fungitur. Is autem est alienæ rei defensor. *L. venditor, D. de iud. L. minor,* in fin. *D. de mino.* Quod attinet ad tempus defensionis, omne idoneum est defendendi tempus, quo quis, dum superiora concurrant, ad rem defendendam accedit: si modo nondum actum sit ob rem non defensam, & lis eo nomine [20] contestata. *L. cum quærebatur,* illic, *proinde videndum, D. iud. sol.* Idque est, quod dicitur, ob rem non defensam stipulationem non committi, quandiu potest exsistere, qui defendat, in *L. 3. §. pen. eod.*

XVI. Sunt ergo, ut dixi, hæ res duæ, quarum unaquæque efficiat, ne ex clausula de re defendenda videatur res indefensa, ideoque & hac parte stipulationis promissorem unaquæque liberet; lis finita, & idonea defensio. Quod si ita est, sequitur, ut contrariæ coniunctæ committant stipulationem ob rem indefensam; res eadem perseverans, & huius rei omissa aut defensio omnis, aut idonea defensio. Sic igitur cum de stipulatione ex hac parte committenda agetur, recte definiemus; stipulationem iudicatum solvi tunc committi ob rem non defensam, cum & res in ea caussa fuit, ut defendi deberet, manente scilicet obligatione priore & actione, neque ea res iudicio defensa est, aut quod idem valet, defensa est non recte: puta, defensa non a quibus oportet, non in totum, non quo loco, quove tempore oportet.

XVII. Commissa ob rem non defensam stipulatio iudicatum solvi, committitur non in expeditam & certam quantitatem, ut ex superiore clausula; sed in incertam. Est enim hic stipulatio faciendi, qua promittitur rem defensum iri. Dixi supra legem communem stipulationum faciendi hanc esse, ut si non fiat quod promissum est, pecuniam, idest, id quod interest dari oporteat. *L. si pœnam, L. stipulationes non dividuntur, D. de verb. obl.* quod nihil aliud est, quam stipulationem huiusmodi committi in id quod interest. Id autem quod interest, incertum. *d. L. si pœnam, de verb. obl. §. ult. Inst. eod.* ut vere dicturi simus stipulationem iudicatum solvi, quatenus de re defendenda promittit, incertam quantitatem habere, & ab initio, & tunc quoque cum commissa est, atque ex ea agitur. Illud videndum, quid sit illud, quod interesse putemus actoris rem defensam esse, ut peti possit. Et hactenus actoris interesse recte dicemus, quatenus ei debetur, aut actione propter rem non defensam amissa debitum fuit: quia id ipsum est scilicet, quod consecuturus fuisset, si res recte defensa secundum eum iudicata esset. Itaque agens stipulator ex hac parte in id quod interest, quoniam petit quod sibi debetur, aut sibi debitum fuit, etiamid probare debebit: nec prius id consequetur, quam de eo iudicatum fuerit.

XVIII. Sed verendum est, ne hæc sententia falsa sit. Nam si petitur id quod debetur, non agetur ex stipulatione iudicatum solvi ob rem non defensam, sed utique vetere actione ut videtur; non aliter, quam ageretur ab initio adversus reum ipsum, aut defensorem eius, qui maxime parati essent iudicium suscipere. Quo casu nemo diceret agi adversus hos ob rem non defensam. Præterea si petitur hic quod debetur, & quod debetur, est certum,

20) Ergo si lis nondum contestata, etsi actum sit, stipulatio nondum commissa, quia adhuc defendi potest *L. 3. §. pen. h. t.* Quare prius actum erit, quam stipulatio commissa, quod absurdum. Resp. Don. *ad L. 9. de V. O. n.* 10. vere hic ante commissam esse, quia in stipulatione faciendi duæ obligationes: una ad factum, altera ad id, quod interest. Et hæc, ad interesse, quæ conditionem habet in non faciendo, incipit, non a conditione, sed alias stipulatione. Ergo per *L. 115. §. ultim. de V. O.* Creditur autem non commissa *d.* vers. *proinde*, quia non præcise, & efficaciter, sed potest reus evitare actionem, ad interesse, offerendo defensionem, quod & aliis facti obligationibus generale est, *L. 84. de V. O. L. 1. de pen. leg.*

tum, quomodo hic defendemus agi in id quod interest, cum id quod interest statuamus esse incertum? Et utrumque fatendum est, non agi scilicet de eo quod creditori debetur ex stipulatione ob rem non defensam, neque si id certum est, in eo peti id quod interest, si actione vetere adhuc integra agatur adversus ipsum defensorem paratum iudicium suscipere. Tum enim palam est agere creditorem vetere actione, & petere idem, quod ab initio petiturus erat a defensore. Sed finge dum res non defenditur, actionis tempus creditori exiisse. Hic iam non potest agi vetere actione quæ finita est, ex quo necesse est [21] agi solum posse ex stipulatione iudicatum solvi ob rem non defensam, etiam si maxime agatur adversus ipsum defensorem, non eius fideiussores. Quod ad summam petitam attinet, etiam hanc in hac petitione incertam fieri necesse est, & peti sub appellatione aut intentione eius quod interest: quoniam incertum sit, an ob rem non defensam actio petierit; incertum, quatenus. Adde, quod petuntur hic etiam impensæ futuri iudicii; quæ quanto maiores minoresve futuræ sint, quam si olim actum esset, non minus incertum est. Sed etsi creditori actio vetus sit integra: tamen si defensore absente, & re ab eo non defensa agetur adversus fideiussores; etiam hic necesse erit agi adversus eos non vetere actione, qua creditori non tenentur, sed ex stipulatione ob rem a promissore non defensam, cuius nomine fideiusserunt: quo casu & eadem petitio erit in id quod stipulantis interest, & similiter incerta.

XIX. Quoniam autem ex hac parte ob rem non defensam committitur stipulatio in id quod interest; eveniet, ut si plures sint fideiussores, aut plures heredes defensoris, quanvis prius dixerimus omnes in solidum defendere debere, si defendendo liberari velint; re tamen in solidum non defensa, ita omnes teneantur singuli duntaxat pro parte sua. *L. cum ex caussa*, 139. *D. de verb. obl.* Neque hæc contraria esse quis existimet. Ideo enim omnes in solidum defendere debent, quia hoc ipsum defendere quod facti est, divisionem non recipit. Cum autem re non defensa commissa est stipulatio, cœpit ex illo deberi id quod interest, idest, pecunia quæ divisionem recipit: hoc sic explicatur in *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Hinc responsum Neratii in *L. ex iudicatum*, *D. iud. sol.* si ex iudicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fideiussoribus agatur, & is partem suam tantum offerat, audiendum esse, nec cogendum iudicium accipere; quia sine iudice tantum offerat, quantum si indicio damnaretur ob rem non defensam, præstare adversario cogeretur.

XX. Committitur ex hac parte stipulatio in id quod interest, statim & sine exceptione, ut est conceptio clausulæ de re defendenda, qua nihil amplius promittitur, quam rem defensum iri. Placet tamen cum ex stipulatione iudicatum solvi ob rem non defensam agitur cum fideiussoribus, non esse iniquum his desiderantibus priusquam solvant, creditorem cavere se dominum priore iudicio absoluturum: ne omissa cautione fideiussores mandati actionem adversus reum non habeant, quia non ex bona fide rem eius gesserint; aut certe cogantur eum priore iudicio defendere: hoc in *L. si ex duobus*, §. 1. *D. iud. sol.* Quod sic fieri æquum est, nempe habere fideiussores in eam rem doli mali exceptionem, qua exactio pecuniæ ob rem non defensam debitæ differatur. *L. 1. D. de dol. mal. & met. exc.*

XXI. Sequitur tertia clausula huius stipulationis, quæ est de dolo malo, quæ quia inter superiores clausulas ponitur postremo loco, *d. L. 6. iud. sol.* ideo dicitur *novissima clausula*, *iudicatum solvi stipulationis* in *L. novissima*, *eod.* Committitur stipulatio ex hac parte, ut verba ostendunt, cum dolo malo quid factum erit in lite, quo res secus transigatur, quam oportet. Id non male dixerimus fieri dupliciter. Uno modo, si dolo malo & malitiosa frustratione id agatur a defensore heredeve eius, ne controversia ad exitum perducatur [22] *L. ult. D. de proc.* Altero, si dolo malo eius fiat, ut res perperam iudicetur: puta; aut subornatis testibus, aut prolatis falsis instrumentis, aut iudice pecunia corrupto. Sed non cuiuscunque dolo alterutrum horum factum erit, semper

per

21) Male vero Gœd. *de Contr. stip. C. 5. n. 240.* cautionem hanc non interponi, ut nova quæratur actio contra principalem, vel defensorem: sed ut dominus litis, & qui satisdat, permittat secum iudicio agi, & iudicatum faciat; id si recuset: ut fideiussores pulsentur. Nam imo iudicati actio regulariter, contra Procuratorem qui satisdedit, non datur *L. 31. de Procur.* Et nova hinc actio diversa, ab actione iudicati, quæ & prius instituenda contra eum, qui satisdedit, nisi fideiussores excussionis beneficio renunciaverint. Neque, hic finis est cautionis, quem Gœddeus ponit. Quidni enim perinde actio iudicati teneat contra dominum, etsi forte hæc cautio a Procuratore, defensoreve eius, non exacta. Sed is, ut plenius cautum sit actori, si actionem iudicati forte contra dominum intentare nolit, caveat egestate illius inanis futura &c.

22) Sed ex verbis *d. L. ult.* apparet committi hic, ex secunda clausula, Cuiac. *6. ad Afric.* in *d. L. ult.* quia non in solidum defendit, qui defensionem non peragit, Gisan. *ibid. n. 5.*

per committitur ſtipulatio. Si ſimpliciter promiſſum eſt iudicatum ſolvi, aut eum nominatim de dolo comprehenſum eſſet, ſolum cautum ſit *dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe*, continebitur ſolum dolus defenſoris, heredumve eius: extranei non continebitur, alioqui videretur reus factum alienum promiſiſſe: nemo autem alieoum factum promittendo obligatur. Quod ſi adiectum ſit, *ſi huic rei dolus malus non aberit, tantam pecuniam, aut quanti ea res erit, dare ſpondes?* [23] *etiam ob extranei dolum promiſſor tenebitur:* hic enim ad facti alieni cautionem pœna adiecta eſt: quæ promiſſa quacunque conditione dum non impoſſibili aut turpi promiſſa erit, exiſtente conditione committitur: hæc in *L. noviſſima, D. iud. ſol. L. ſtipulatio, iſta*, in pr. & *§. ſi quis dolum, §. alteri, D. de verb. obl.*

XXII. Hoc modo commiſſa ſtipulatio, ſi pœna certa promiſſa non eſt, committitur ex hac quoque parte in id quod ſtipulantis intereſt, ut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. in ſtipulatione, D. rem rat. hab.* Intereſt autem eius hactenus, quatenus el debetur. Quo probato, non obſtabit ei prior ſententia, minorem ſententiam continens, aut actio dolo malo defenſoris forte amiſſa, quominus & defenſor & fideiuſſores condemnentur in id quod vere debebatur.

XXIII. His cognitis de ſingulis clauſulis iudicatum ſolvi ſtipulationis; quando, & ad quid committantur ſingulæ intellectum eſt. Nondum tamen ipſa ſtipulatio tota plane expoſita. Una quæſtio, ſupereſt, nota ex numero ſuperiorum clauſularum, committaturne tantum hæc ſtipulatio harum clauſularum ex una, an vero poſſit ex pluribus, puta ob rem non defenſam, & ob rem iudicatam. Ac cur non poſſit ex pluribus, dicat aliquis? alioqui quorſum dicatur plures clauſulas continere? Et placuit in hac ſtipulatione plures quidem cauſſas eſſe committeodæ ſtipulationis, quarum ſingulæ ex ſingulis clauſulis ſuperioribus naſcantur: ſed omnes una quantitate clauſulas eſſe: idcirco in unius eiuſdemque perſona non poſſe ſtipulationem committi ex pluribus clauſulis: ſi denique ex uno caſu commiſſa erit, amplius ex alio committi non poſſe. *L. 5. §. in hac ſtipulatione, 1. L. ult. D. iud. ſol.* Neque admodum obſcura ratione hæc ſententia efficitur. Neceſſe eſt enim omnino rem de qua agitur, aut defendi, aut non defendi. Si defenditur; quia non poteſt defendi niſi in totum, ut ſupra oſtendimus, neceſſe eſt etiam, ut in totum iudicetur. Si recte iudicatur, removentur cauſſæ ceteræ, unaque hic committendæ ſtipulationis cauſſa eſt res iudicata: ut proinde non poſſit hic committi ſtipulatio niſi ob rem iudicatam. Si iudicatur dolo malo perperam: hic quoque remotis cauſſis ceteris, non poteſt committi ſtipulatio niſi ob dolum, ubi ſtipulator ſententiam improbet. Quod ſi res non defenditur, hic rurſum non poteſt committi ſtipulatio niſi ob rem non defenſam, niſi quis fruſtratione dolo malo interpoſita, & ita actione amiſſa, agi poſſe putat ob dolum. Sed & hic quoque ob unam hanc cauſſam ſtipulatio committetur. Ita una ſemper cauſſa ex his relinquitur, propter quam iudicatum ſolvi ſtipulatio committatur. Exſtitit tamen dubitatio in ſpecie huiuſmodi, quam tractat Ulpianus in *L. cum quærebatur, D. iud. ſol.* Defenſor ſatiſdedit iudicatum ſolvi. Conventus ab actore iudicium ſuſcepit, atque ita cœpit rem defendere: ſed poſtea, ioquit Ulpianus, *ex heremodicio ſententiam paſſus eſt*, ideſt, poſtea litem deſeruit, & ob litem deſertam tanquam contumax condemnatus eſt ſecundum formam. *L. & poſt edictum, D. de iud.* Hic videri poteſt defenſor in ea cauſſa eſſe, ut eodem tempore & res ab eo non ſit defenſa, & ſit adverſus eum iudicatum. An non igitur, ut hic utraque cauſſa concurrere videtur, ita & ex utraque committetur ſtipulatio? Et Ulpianus in *d. L. cum quærebatur*, diſſerit, non poſſe ne hic quidem ſtipulationem committi, niſi ex altera cauſſa. Quod ſi quæratur, ex utra cauſſa hic committatur, utrumne ob rem non defenſam, an vero ob rem iudicatam: magis eſſe probat, ut committatur ob rem iudicatam. Et recte. Satis enim videtur defenſa, eo quod iudicium ab initio ſuſceptum eſt, ex quo deinde ſententia eſt ſecuta. Ipſe reddit & hanc rationem, quod non videatur commiſſa ſtipulatio de re non defenſa: niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata ob rem non defenſam. Quod in propoſito factum non eſt, ubi lis conteſtata fuit cum defenſore ex vetere actione, non ex ſtipulatione. Et hoc eſt, quod aliis verbis ſcribit Scævola [24] in *L. ult. eod.* cum iſta duo concurrere videntur, res non defenſa, & res iudi-

23) *L. 38. §. 13. de V. O.* quia alieni facti promiſſio, niſi certæ, vel incertæ pœnæ ſtipulatione muniatur, irrita, Goed. *ad L. 69. de V. S. n. 4. & 5.*

24) Tametſi illa verba, ceu Triboniani gloſſema damnet A. Fab. 12. *Coniect.* 17. ſed male. Senſus enim eſt, quod ubi in eiuſdem perſona videri poteſt utraque clauſula commiſſa, tunc ex ſola priori effectum ſumat.

iudicata, ut fit in superiore specie, semper prævalere rei iudicatæ clausulam, eamque solam committi. Sed hoc totum dictum est, cum agitur de unius persona, adversus quem stipulationem committi velimus.

XXIV. Cæterum in persona plurium nihil prohibet, quominus adversus diversos committatur stipulatio ex diversis caussis, puta adversus unum ob rem non defensam, adversus alterum ob rem iudicatam: finge duos esse fideiussores, aut duos rei promittendi heredes. Si alter rem non defendat, alter defendat: is qui non defendit, ob rem non defensam conveniri potest: ille qui defendit, adversus quem res iudicatur, ob rem iudicatam. *d. L. ult. D. iud. sol.*

Rem ratam haberi.

XXV. Hæc de satisdatione iudicatum solvi. Sequitur satisdatio. Rem ratam dominum habiturum. Hanc, ut diximus, præstat procurator actoris in dubio mandato, & præstat reo, quo illi cautum sit, ne dominus iterum de eadem re agat, aut illo agente indemnis a procuratore præstetur. Id quomodo reus consequatur hac stipulatione, quærimus. In quo similiter de vi & potestate huius stipulationis quæritur. In eo eædem illæ quæstiones sunt tres, quæ supra; Quomodo hæc stipulatio recte contrahatur; Contracta quando committatur; Commissa ad quid committatur, ut sit hic idonea præstatio ad indemnitatem, quam quærimus.

XXVI. Sic recte contrahitur si stipuletur is rem ratam haberi, qui stipulari potest. Potest autem sine controversia reus cum quo agitur; hic enim sibi stipulatur, Potest & tutor, item & curator. Hi pupillis suis & adolescentibus dari quid aut fieri etiam recte utiliter stipulantur, ut his saltem acquiratur actio utilis. *L. 5. §. si actori, D. de pec. const.* Non recte stipulatur procurator rei, quanvis sit verus procurator. Nam si stipulatur dominum cuius nomine agitur rem ratam habiturum, ne is iterum de eadem re secum agat, frustra stipulatur; quia dominus adversus eum nullam actionem habet. Si stipulatur, ne dominus iterum agat cum reo, æque stipulatur inutiliter. Stipulatur enim alteri: quod regula iuris vetat. *§. alteri, Inst. de inut. stip. L. quæcunque gerimus, D. de obl. & act.* Valetque ea regula etiam in vero procuratore, qui stipulatione in dominum collata, ei quid stipuletur: usque adeo, ut ne [25] utilis quidem inde actio domino acquiratur, ut declaratur in *d. L. 5. §. Iulianus*, iuncto, *§. si actori, D. de pec. const.*

XXVII. Recte contracta stipulatio rem ratam haberi impletur, cum dominus rem ratam habeat: quo casu maxime cautum est reo ad eam rem, cuius potissimum caussa hæc stipulatio comparata est. Sic enim is consequitur, ne dominus amplius de eadem re secum agat: quæ ratio fuit huius stipulationis exigendæ. *Inst. de satis.* in pr. Nam ut e superiore capite diximus, si reus condemnatus pecuniam solvisset vero procuratori, ipso iure liberatus esset; *L. vero, D. de sol.* eoque nec metueret domini actionem, quam ille ipso iure habere desiisset. Sin reus vero procuratore agente esset absolutus, nanc iscerctur saltem exceptionem rei iudicatæ, etiam adversus dominum ipsum, tanquam qui ipso iudicio egisset per procuratorem: qua exceptione tutus dominum agentem summoveret. Ergo etsi res gesta fuerit cum falso procuratore, eadem ista reus consequetur, si dominus ratum habuerit. Quod enim efficit in vero procuratore domini mandatum, id in falso procuratore [26] efficit domini ratihabitio postea secuta; quoniam ratihabitio mandato comparatur. *L. vero, §. ult. de sol. L. ult. C. ad Maced.* Committitur contra hæc stipulatio, cum dominus ratum non habuit. Est enim & hæc stipulatio faciendi: quo in genere inest hæc conditio, si factum non sit, quod promissum est. Promissio autem, ut si factum non sit, pecunia præstetur, seu id quod interest, ut supra diximus. Sic autem est constituta omnis conditionalis stipulatio, ut deficiente conditione resolvatur; existente committatur: *§. sub conditione, Inst. de verb. obl.* Itaque hic maxime utrumque illud quærendum est, & quando dominus videatur ratum habere, & quando ratum non habere. Prius cognitu necessarium procuratori qui cavit, cum is in iudicio probare debet dominum ratum habuisse: posterius reo, cum & dominum non habuisse ratum in iudicio probare cogitur. Quorum utrumque utrique diversis temporibus accidit. Si procuratori pecunia a reo extra iudicium soluta sit, potest reus hanc ab illo repetere conditio-

[25]) Utilis actio, non quæri potest, domino, nisi Procuratori directa quæratur. Hic vero directa non potest considere in persona Procuratoris.

[26]) Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 18. *n.* 30. Consumit hanc stipulationem, ratihabitio subsequens, vel mandatum præcedens. Si nempe verus Procurator fuit, qui cavit, sed mandatum non perfecte probavit.

ditione ob caussam caussa non secuta. In qua actione procuratorem statim vinci necesse est, nisi dicat caussam ob quam pecuniam accepit, secutam esse, idest, dominum ratum habuisse liberandi rei caussa; ob quam caussam pecunia soluta erat. Quum autem hoc procurator dicet, etiam probare debebit ex regula iuris. *L. 2. D. de prob.* Quod si reus cui cautum est, iudicio absolutus erit, & dominus iterum de eadem re aget, tanquam qui nihil mandarit procuratori, hic una cautio reo relinquitur adversus procuratorem, ut agat adversus eum ex stipulatione rem ratam haberi. Qua ut recte agat, necesse est eum intendere dominum ratum non habuisse, & quoniam dicit, ex eadem regula debebit probare. Hinc priori quæstio nascitur, an dominus ratum habuerit. Posteriori, an dominus ratum non habuerit. De utroque igitur quid sit, cognoscendum est.

XXVIII. Et an dominus ratum habuerit, continetur definitione verbi, & probatione earum rerum, quas hæc definitio exigit. Definitio hæc. Rem ratam habere Ulpiano est comprobare, agnoscereque quod actum est cum falso procuratore. *L. quo enim*, §. 1. *D. rem rat. hab.* Hoc comprobare voluntatis est. Proinde quibuscunque rebus declarabitur hæc voluntas, & de his probabitur, simul probabitur, dominum comprobasse quod actum est, & quod nunc quæritur, ratum habuisse. Atque hæc probatio nunc quæritur. Declaratur autem hæc voluntas verbis quidem maxime: sed tamen ut in aliis rebus & sine verbis re aliqua & facto. Idque est, quod dicitur a Scævola, non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. *L. 5. D. rem rat. hab.* Similiter ut de pactis scriptum est in *L. 2. D. de pact.* de societate in *L. 4. D. pro soc.* de hereditate repudianda in *L. recusari, D. de acq. hered.* Verbis, cum dominus ultro profitetur se comprobare quod actum est: quod dubitationem non habet.

XXIX. Re & actu, cum id faciat, quod nisi iis quæ a procuratore gesta sunt, tanquam suo nomine gesta sint, comprobatis, facere non potest. Huiusmodi facta duo: unum, si dominus litem a procuratore cœptam persequatur. *d. L. 5.* Alterum, si procuratore victo dominus in ea caussa [27] appellet. *L. 3. §. ult. D. eod.* Hæc comprobationem domini ostendere sic colligimus. Nam primum quod quis suo nomine facere potest & alieno, si simpliciter facit, potius suo nomine & pro suo iure facere existimatur. *L. merito, D. pro soc. L. 4. D. de sol.* Dominus litem eius nomine ab alio institutam si persequatur, potest quidem exsequi nomine eius qui eam instituerat, cum is mandati, aut negotiorum gestorum iudicio sibi teneatur: sed potest maxime suo nomine & suo iure tanquam litem & caussam suam. Proinde si eam attigerit simpliciter, suo nomine potius in ea versari, quam alieno videbitur. Atqui non potest rem a procuratore cœptam suo nomine exsequi, nisi actum priorem voluntate sua suum fecerit: quod fit eum actum tanquam suo nomine gestum comprobando. Quare domino rem cœptam attingente eamque exsequente, necessario & hæc ipsa prioris actus comprobatio præcessisse intelligitur. Non enim potest, qui voluit, quod erat consequens, non etiam videri voluisse id, quod necessario antecedebat: utpote sine quo fieri non poterat id quod voluit: atque hoc modo ubique consequentium voluntas a nostris accipitur. *L. illud, D. de acq. her. L. 2. D. de iurisd. L. 1. §. 1 D. si usufr. pet.* Sic tamen his modis dominus ratum habere intelligitur, nisi tunc rem comprobet, cum rata ab eo iam haberi non potest. Quod quando accidat, pertinet ad sequentem locum, in quo quæritur, quando videatur dominus ratum non habuisse. Inde intelligetur: de quo iam dicemus.

XXX. Et si ratum habere est comprobare & agnoscere id quod actum est, facile intelligimus ex contrario, tunc dominum ratum non habere, cum quod actum est, improbat & non agnoscit. Hæc improbatio eiusdem voluntatis est. Itaque eadem hic quæstio, quomodo hæc voluntas declaretur. Et generaliter quidem recte dixerimus declarari eam hic quoque iisdem illis duobus modis: verbis nimirum, & actu. *d. L. 5. rem rat. hab.* Ac verbis similiter, cum dominus aperte negat se probare, quod actum est: quod & ipsum dubitationem non habet.

XXXI. Illud ex prioribus non intelligitur, qui actus, quæve facta domini sine alia verborum demonstratione hanc improbationem arguant, ut cum illa præcesserint, dicatur dominus ratum non habuisse. Non enim si dominus tacens aperte non

27) Et si enim hic rescindere gesta nitatur, non tamen inde improbat, quasi Procurator mandatum non habuerit, sed & idem facere posset, etiamsi ipse petierit, Duaren. *ad h. tit. D. C. 2.* vide. tamen Ant. Faber *C. Fabr. h. t. defin.* 19. Quando ratificatio domini secuta præsumatur. vid. Menoch. 3. *Præs.* 38.

non docet se ratum habere, nec quæ a falso procuratore cœpta erant, non attinget, ideo continuo ratum non habere quod gestum est, intelligitur. Ideo propria hic facta quæruntur, quibus ista improbatio declaretur. Et facta genere tria hæc sunt: petitio eiusdem rei; exactio, aut si quid exactionis vim habet; temporis ad ratihabitionem necessarii transmissio. Petitione sola satis intelligitur dominus improbare, & retractare quod actum est, quomodo & stipulationem committi placet, utcunque dominus cum reo de eadem re agit, de qua cum illo (reum dico) prius actum erat a falso procuratore. *L. quo enim. §. ult. rem rat. hab.* Sed in eo tria exigimus; ut dominus cuius nomine agebatur petat; ut petat a reo quo cum actum est; ut agat de eadem re.

XXXII. Primum ut dominus petat cuius nomine actum est. Id enim efficiunt illa verba edicti, simul & stipulationis inde conceptæ, *eum ad quem ea res pertinet, quo nomine agitur*, idest dominum, *rem ratam habiturum*, L. servum, 33. *§. ult. L. non solum, §. quæritur, D. de proc.* Sed eum dominum agere hic accipiemus, non tantum si ipse agat, sed etiam si is, [28] qui ab eo petendi caussam habeat. Et ideo si procurator fundum petiisset, & cavisset dominum cuius nomine petebatur, rem ratam habiturum, deinde dominus postea eum fundum vendidisset, eumque emptor peteret; placuit non minus hic stipulationem committi. *L. si indebitum, §. 1. D. rem rat. hab.* Merito: quia videtur & is dominus petiisse, qui petendi caussam præbuit. Nam & in L. Aquilia dicere solemus, eum damnum dedisse videri, qui occasionem damni dedit. *L. qui occidit, §. ult. D. ad leg. Aquil.* Exigimus, ut dominus petat a reo. Nempe eo, de quo periculum est, ne iterum cum eo agatur, cuius caussa hæc stipulatio comparata est. *Inst. de satisf.* in pr. Is autem est reus, cum quo prius actum est. Sed & hic a reo peti intelligemus, etsi ab alio petatur; verumtamen eo, a quo cum petetur, videatur peti a reo ipso: veluti, si fideiussor conveniatur, qui adversus reum regressum habiturus est; aut alter ex reis promittendi sociis, quibus casibus ideo & stipulationem committi placuit. *L. 1. L. si quis uni, D. rem rat. hab.* Exigimus præterea, ut dominus agat de eadem re. *d. tit. de satisd.* in prin. Recte. Non enim potest dici rem aliquam retractare, qui de ea non agit; non agit autem de ea, qui agit de alia. Ergo domino de alia re adversus reum agente non ideo adversus procuratorem committetur stipulatio rem ratam haberi. Cuius rei exemplum ex facto proponitur tale in *L. procurator.* in pr. *D. eod.* Procurator nomine domini, in rem acturus cum fundum peteret, cavit dominum rem ratam habiturum. Is unde petebatur, quia non possidebat, eo iudicio absolutus est. Deinde cœpit idem reus eumdem fundum possidere. Eum petere ab eo dominus instituit. Responsum est, fideiussores non teneri, non committi denique stipulationem: *quoniam hæc alia res sit:* hoc in *d. L. procurator.* Recte alia. Etsi enim est idem fundus qui petitur; non est tamen eadem possessio, de qua priore iudicio actum est. At propter hanc & priore iudicio, & hoc posteriore adversus reum agitur. *L. unic. C. de al. iud. mut. cau. fac.* De eadem re agere videtur, non tantum qui per omnia idem petit: sed etiam qui inde petit aliquid, aut rei petitæ aliquid adiicit. Et ideo qui, cum de toto aliquo cum reo actum esset, partem petit ex toto, placet eum hactenus stipulationem committere: veluti, si iudicio de hereditate instituto dominus fundum ex ea hereditate petat. *L. si fine, §. pen. D. rem rat. hab.* Multo magis de eadem re agi, & stipulationem committi dicendum est, si cum procurator quinquaginta petiisset, dominus centum petat: quoniam in centum etiam quinquaginta inesse certum est. *L. 4. D. eod. L. 1. §. pen. D. de verb. obl.* Huiusmodi petitione qualem descripsimus, cum dicimus dominum videri rem ratam non habere, & committi stipulationem; petitionis verbo maxime ea intelligitur, qua iudicio petitur lite de re contestata: quo genere petitionis maxime stipulationem committi constat. *L. amplius, D. rem rat. hab.* Sed nihilominus etsi dominus petierit extra iudicium, hanc quoque petitionem accipiemus, dicemusque tanquam domino ratum non habente, stipulationem committi. Primum quia hoc generaliter de eo domino dictum est, qui petat in *L. quo enim, §. ult. D. eod.* Petitionis autem verbo etiam ea quæ extra iudicium fit, saltem abusive continetur. *L. si decem cum petiero, D. de ver. obl.* Deinde quia, ut ibidem scriptum est, quomodocunque quis eundem actum retractet, qui a procuratore actus est, res rata non habetur, proinde & committi stipulationem oportet. Tunc solum petitionem quæ iudicio

[28] Quid in heredibus, & an si nulla eorum, in cautione facta mentio, comprehendantur, vid. *L. 22. §. 7. h. t.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr. 18. n. 31. & seq.*

dicio fit, ad committendam stipulationem exigimus, cum procurator cavit, dominum non ratum habiturum, sed amplius non petiturum: ut hic quærendum sit, quid sit proprie petere: cuius verbi propria significatio pro reo retinenda sit contra stipulatorem. Sic enim definimus, in stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba interpretanda esse contra stipulatorem. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *D. de verb. obl.*

XXXIII. Exactione pecuniæ dominus actum cum procuratore improbare intelligitur, utcunque is solutam a reo absoluto pecuniam accepit, licet sine iudicio; placetque hoc casu committi stipulationem etiam tunc, cum procurator cavit dominum amplius non petiturum: quasi ista exactione maxime & cum effectu pecunia peti videatur. *d. L. amplius*, *rem rat. hab.* Pro iusta solutione est, etsi quis adversus petentem compensatione deductioneve sit usus, ut sic hic quoque committatur stipulatio. *d. L. amplius*, *L. quo enim*, §. *ult. D. eod.*

XXXIV. Tempore dominus intelligitur ratum non habere, cum præteriit tempus ad ratihabitionem necessarium. Huiusmodi tempora sunt tria; dies ratihabitioni præstitutus; sine die rei interpellatio; sine die & interpellatione finitus dies actionis. Dies præstituitur ratihabitioni, cum promittit procurator dominum intra Calendas illas ratum habiturum. Intra id tempus dominus ratum habere potest. Postea frustra ratum habeat: quia semper verum erit illum intra Calendas ratum non habuisse. *L. Celsus*, *D. de recep.* Sine die ratihabitioni præstituto tempus huic rei necessarium habet rei interpellatio. Sic enim veteres constituunt dominum ratum habere debere, cum primum de re gesta certior factus & interpellatus est, ut ratum haberet: significantes post id tempus seram esse ratihabitionem. Sic tamen ut aliquod spatium intermedium hic concedi velint: de quo ita definiebat Iulianus, ut neque id minimum intelligi deberet, neque maximum: *quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit:* hoc in *d. L. quo enim*, §. *Iulianus*, *D. rem rat. hab. L. ratum*, 13. *D. de sol.* Sine die præstituto & debitoris interpellatione, tempus ratihabitioni necessarium per se adfert actionis conditio qua tenebatur reus, si ea 29) tempore finiebatur, & pecunia procuratori soluta est cautione interposita dominum rem ratam habiturum. Hic quandiu manet actio, tandiu idoneum est tempus ratæ habendæ solutioni: finita actione & reo tempore liberato, negat Africanus dominum rem ratam habere posse utiliter; eoque & posse debitorem agere cum procuratore, idest, stipulationem committi existimat. *L. ult.* §. 1. *D. rem rat. hab.* optima ratione. Manente enim actione subest obligatio; quæ ideo solutionem admittit, & cum hæc suberit, recte etiam rata haberi potest. Actione autem finita, una quoque & solutioni locus esse definit; cum non possit solvi obligatio quæ non est. Sic fit, ut nec possit rata haberi solutio, quæ cum obligatione esse desiit.

XXXV. Ad hunc modum commissa stipulatio rem ratam haberi, communem habet exitum cum reliquis faciendi obligationibus, ut committatur in id quod stipulantis interest: idest, inquit Paulus, *quantum illi abest, quantumque lucrari potuit*. L. si commissa, *L. in stipulatione*, *D. rem rat. hab.* quæ sententia variis exemplis comprobatur his locis, *L. 2. L. 3.* in fin. *L. 4. L. procurator*, §. *ult. L. si procurator*, *D. eod.*

XXXVI. Hinc tria consequentia, quæ observare licet in veterum responsis: posita quidem illa ut plurimum simpliciter, verumtamen ducta ex hoc fonte. Primum, ut etsi dominus cum procuratore actum improbavit, tamen ex stipulatione rem ratam haberi cum procuratore agi non possit, ubi rei nihil interest: de quo species ex facto in *L. ult.* in pr. *D. eod.* Secundum, ut si rei intersit tantum pro parte, hactenus etiam solum committatur stipulatio, quæ non committitur nisi in id quod interest. Quod accidit, si dominus solum egerit pro parte: aut ex pluribus hæredibus unus ratum habeat, alter non habeat. *L. si cum debitore*, *L. si procurator*, *D. eod.* Idem est, si dominus de eadem re iterum cum reo agens litem amiserit. Hoc facto quia dominus ratum non habuit petendo; si vel modicum stipulantis interfit, non dubitatur, quin commissa sit stipulatio: quod & scriptum est in *L. procurator*

29) Finge: Reus tenebatur redhibitoria. Procurator exegit debitum, præstita cautione rati. Priusquam ratum haberet dominus, dies actionis exiit. Postea, is ratum habuit. Quæritur an reus possit ex stipulatu agere in pecuniam, quam solvit. Aff. *d.* §. 1. quia inutilis ratihabitio facta reo, iam tempore liberato. Non enim liberat solutio, quæ fit falso Procuratori, antequam ratum habitum *L. 86. de sol.* Hic ratihabitio, si ante diem exeuntem facta esset, liberasset retro acta, ad tempus solutionis. Nunc non potest liberare, iam ante liberatum. Nam quod retrotrahitur, ita verum fit in medio nihil obstaculi incidente, sed omnia paria permanserint, Cuiac. 6. *ad Afr. in d. L. ult.* §. 1. Plura de huius cautionis vi, Valla *de Reb. dub. Tr.* 18. *n.* 29. *& seq.* Gœd. *ad L.* 82. *de V. S.* ac *de Cont. stip. C.* 5. *n.* 279. *& seqq.* Cuiac. 28. QQ. *Papin. ad L.* 1. *Rat. rem hab.*

tor, §. 1. *D. eod.* sed quia reus victor rem principalem salvam habet, recte placet nihil præter impendia in stipulationem venire, & hactenus solum eam committi. *L. si siue*, §. *cum autem*, verf. *Marcellus*, *D. eod.* Tertium & postremum consequens, ut ex stipulatione rem ratam haberi sæpius agi possit cum procuratore; & quod idem est, sæpius hæc stipulatio adversus eum committatur. Hoc inquam, ideo, quia committitur hæc stipulatio in id quod stipulantis interest iterum de ea re cum illo non agi. Quod si agitur, multa sunt tempora huius iudicii, quibus prout res incidit, varias impensas reus facere potest. Quæcunque illæ impensæ particulatim inciderint, etiam de his particulatim reus agere potest cum procuratore; puta, inquit Pomponius, *quod reus litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit:* hoc in *L. si procurator*, *D. eod.*

C A P. X V.

Plures procuratores in eadem caussa ab uno dari non posse: alioqui plures dari posse.

Unius litis esse in una persona unum etiam procuratorem sive ad agendum, seu ad defendendum; & non plures. I. *Ratio.* II.
Unius personæ multiplex actio plures admittit procuratores. III.
Unius litis plurium personarum plures dari posse ad agendum procuratores. IV.
Immo ad defendendum: præterquam si ab uno cœpta obligatio ad plures fideiussores aut heredes pervenerit. V.
Contrariis occurritur. VI.
Plures procuratores ab uno dantur utiliter in una lite diversis temporibus. VII.
Posterior ante litem contestatam; & quare. VIII. X.
Contraria diluuntur. IX.
Prior post contestatam litem utiliter datus. XI. VIII.
Plures simul & simpliciter dati procuratores dantur utiliter, nisi cum invicem sibi obstant. Quid hoc posteriore casu. XII. XIII.
Quo sensu plures simul dati separatim agere possint. XIV.
Quid si dominus procuratorio instrumento adiecerit clausulam: ne sit occupantis melior conditio. XV.
Superioribus contrarium magna ex parte Cap. si duo Lib. 6. de proc. XVI. XVII. & seqq.

I. Ac de Idoneis præstationibus, quæ a procuratore exigantur satis dictum est. In quibus cum essent superiores satisdationes duæ, Iudicatum solvi, & Rem ratam haberi, ideo & de his ex re nata necessario diximus. Estque hic quartus locus, quem in potestate procuratoris dandi spectandum proponeremus. Fuit in hac potestate postremum, ut ne in una caussa plures procuratores darentur cum incommodo adversarii. Id ubi fiat, proinde quod hic non liceat, aut contra liceat, sequitur iam, ut videamus. De quo hæc non incerti iuris sententia tenenda est. Nunquam unius litis quæ unius personæ sit, plures procuratores [1] dari posse vel ad agendum vel ad defendendum, ut quidem adversarius omnes simul in eodem iudicio admittere cogatur. Et actori quidem ad agendum plures procuratores dare non licere hæc probant. Primum definitio tradita, in *L. si quis cum procuratorio*, 31. §. *peu. D. de procur.* his verbis; *unius litis plurium personarum plures dari procuratores non est prohibitum.* Ea hanc significationem habet, ut in una lite plures procuratores liceat dare; sed hac conditione, si lis sit plurium personarum. Ex quo intelligitur, si una lis sit unius personæ, plures procuratores dari non licere. Certa hæc sententia est, quidquid sub conditione datur, affirmatur, id deficiente ea conditione negari. Unde hæc collectio iuris auctoribus usitata, ut quoties in lege aliquid dicitur, aut constituitur: si ea conditio non existat, non dubitent continuo inde colligere, constitutioni locum non esse, ut in *L.* 1. verf. *huius rei*, *D. de offi. eius, cui mand. est iurisd. L. si procuratorem*,

[1] Sic & quando universitas litigat, posse cogi ut unum Syndicum constituat arg. *L.* 9. §. 9. *cum gl. in* verbo *numque de fid. lib.* scribit Vinc. de Franch. *Decis.* 309.

rem, 8. §. *si ignorantes*, iuncto §. *seq.* *D. mand.* Probat deinde illud idem, id quod de pluribus tutoribus datis traditur, in *L. decreto*, §. *ult.* *D. de adm. tut.* si duobus simul tutela gerenda permissa sit, uni agere permissum: duos simul agere non posse. Si denegatur hoc pluribus tutoribus in caussa pupilli, ut simul plures agant: multo minus existimandum est licere pluribus procuratoribus in caussa alterius privati: cum plus iuris sit tutori in rerum alienarum administratione, quam procuratori, propter publici muneris auctoritatem, qua tutor præditus est: qua fit etiam ut pro domino habeatur. *L. tutor qui tutelam*, *D. de adm. tut.* *L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt.* Similiter nec pro reo plures defensores in eadem lite intervenire posse, indicat Ulpianus in *L. omnium*, 37. *D. de proc.* qui de sententia veterum ita pro reo, eum quo agitur, admittit plures defensores, ut videatur reus recte defendi, si adversarius actor plures intendat actiones, & exsistant in singulas singuli defensionem suscipere parati. Quo significatur, si adversarius unam tantum actionem intendat, plures simul defensores non admitti; si exiſtant, reum recte defendi non videri. Adeoque id verum esse confirmat in *fragmento seq.* puta *L. non tamen*, 38. ut quanvis duo illi defensores exiſtant in una actione non in solidum singuli, sed singuli pro parte dumtaxat defendere parati, neget tamen audiendos: veluti si eum 10. peterentur, exiſtant duo parati in quina defendere. Quanto ergo minus audiendi erunt duo parati simul defendere in solidum? Nam priores faciunt quidem & ipsi ex una lite duas, verumtamen minores; & posteriores sic ex una lite faciunt duas, ut constituant æque graves.

II. Ne plura; quæstio omnis tollitur, si cœperit intelligi, cur plures procuratores in una lite ab uno dari non possint. Ducitur vero huius iuris ratio ex illa notione, quam in potestate procuratoris dandi initio posuimus. Sic enim in universa hac potestate constitui oportet, hactenus procuratorem dari, aut intervenire licere sive ad agendum, sive ad defendendum, dum ne cum incommodo adversarii; dum ne ea re fiat conditio adversarii deterior, quam futura esset, si dominus ipse per se ageret, aut defenderetur. Atqui cum ab uno aliquo vel actore vel reo exiſtunt in una lite plures procuratores, fit adversarii conditio deterior. Nam quæ actio aut defensio domino agente una futura erat, ea pluribus procuratoribus aut defensoribus objectis, scinditur per plures personas: quod sine incommodo & iniuria adversarii non contingit, ut declaratur in *L. iam tamen*, §. *pen.* *D. iud. sol.* *L. quod si nolit*, §. *si plures*, *D. de æd. ed.* Quocirca hic recte constituitur plures procuratores aut defensores dare non licere. At ne forte requiratur, quodnam hic sit incommodum, ex ista distractione tria incommoda hæc sunt; difficultas seu molestia vocandi eos, cum quibus res est; ex hac ipsa re iudicii mora; tum incertitudo, atque hinc difficultas præstationis. Nam cum plures sunt, qui agunt, aut quibuscum agitur: omnes & initio in ius sunt vocandi, & cum sententia ferenda est; absentibus denuntiandum, ut sententiæ audiendæ adsint, §. *ult.* *Inst. de pen. tem. lit.* *L. ea quæ*, *C. quom. & quand. iud.* Scimus autem plus difficultatis & molestiæ esse in pluribus evocandis, præsertim si locis dissiti sunt inter se. Atque hinc etiam mora iudicio iniicitur, non tantum molesta adversario, sed etiam damnosa. Accedit difficultas præstationis, & iudicii exsecutionis, quæ ex dissensu plurium nasci solet: dum unus cedendum putabit, alter litigandum; & in re petita unus ex defensoribus præstare rem paratus erit, alter volet præstare æstimationem: ex procuratoribus autem actoris unus illius rei, alter huius præstationem admittet: quo fiat, ut neque actor consequatur quod velit: neque reus quod velit, facere expediat. Acciditque hæc difficultas & incertitudo propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem: quam ipsam ob caussam negant veteres, si in duos arbitros compromissum sit, cogendos eos esse sententiam dicere, quia res fere in ista dissentiendi facilitate sine exitu futura sit. Hoc Ulpianus in *L. item*, 17. §. *principaliter*, *D. de recep.* In hac sententia eo diligentius confirmandi fuimus, quod tanquam ex iure civili certo contra definitum est in *cap. si duo*, *de proc. lib. 6.* de quo ut & de toto eo capitulo plura ad extremum dicemus. Nam sententiam superiorem a nobis recte constitutam probatamque & veterum sententiis, & non obscura ratione æquitatis constantem, ut cœpimus, exsequamur.

III. Et definitionis conceptio nobis expendenda est. Observandum est autem, ut ne plures procuratores adversus aliquem dentur, in eo tres esse cautiones, quas superior definitio complexa est: ut una lis & caussa sit, de qua agitur, ut eius litis unus dominus, cuius nomine plures interveniant procuratores; ut ita plures dentur,

tur, quo adversarius simul omnes admittat. Quæ omnia ita concurrere volumus, ut si quid eorum desit, plures procuratores dari adversus unum aliquem adversarium non sit prohibitum. Primum hoc exigimus, ut una lis sit una actio, in qua plures procuratores dentur. Quod si quis quanvis unus plures intendat actiones, quarum unaquæque videlicet unam litem efficit. *L. litis*, *D. de verb. sig.* plures hic quoque procuratores intervenire possunt, non ut in singulas caussas plures dentur: sed ut in singulas singuli intervenire possint, tum ad agendum, tum ad reum defendendum; qui coniuncti plures efficiuntur, ut & actiones ipsæ iunctæ plures erant: hinc in *L. omnium*, 37. *D. de proc.* Et recte. Isto enim modo nihilomagis scinditur actio aut defensio per plures personas, quam si una esset actio, in qua unus procurator daretur, aut defensor unus. Nam & cum plures sunt uni alicui adversus aliquem de diversis rebus actiones, ut unaquæque etiam tum unum actorem habet, & unum reum, ita etiam utriusque nomine recte admittit unum procuratorem, ut nihilo fiat adversarii conditio deterior, quam si aut actor per se ageret in una lite, aut reus per se in ea lite defenderetur.

IV. Secundo loco ut ne etiam in una lite plures procuratores dentur, exigimus, ut lis sit unius personæ, quo scilicet in una lite ab uno domino eius litis plures dentur. Quod si lis erit plurium personarum, hic quoque receptum est plures procuratores dari posse, eaque definitio est, quam iam supra commemoravi, unius litis plurium personarum plures procuratores dari non est prohibitum: exstat in *L. si quis cum* 31. *§. pen. D. de proc.* Una lis plurium personarum intelligitur, cum aut pluribus debetur id quod divisionem non recipit, & omnes id petunt, aut id debetur uni a pluribus, & omnes eo nomine conveniuntur: veluti, si in lite versetur servitus, aut id quod sit in faciendo, idque aut pluribus promissum sit, aut promiserint plures. *L. 2. §. ex his L. stipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* Nam alioqui cum pecunia debetur, aut fundus, & si quid est, quod divisionem recipit, eius obligatio & actio etiam inter plures unius stipulatoris promissorisve heredes dividitur pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ*, *C. fa. ercif. L. heredes*, *§. an ea*, *D. eod. L. in exsecutione*, *§. 1. D. de ver. obl.* Unde evenit, ut quemadmodum singulorum ad quos ea obligatio pertinet, sua est obligatio & actio divisa ab aliis, non una communis omnium, ita omnino singulis sua lis sit propria, sive singuli pro parte sua agant, sive singuli pro parte conveniantur. Eademque res facit, ut quemadmodum non iam hic una lis est plurium, sed plures lites distinctæ, & propriæ singulorum, nihil sit dubii, quin & singuli recte dent procuratorem ad agendum, & pro singulis qui conveniuntur, recte singuli existant defensores. At nos amplius dicimus, etsi una lis sit; unave actio plurium personarum, quod fit cum de re indivisa sibi debita plures agunt, aut de ea a se debita plures conveniuntur; tamen etiam hic a singulis singulos procuratores intervenire posse & ad agendum, & ad defendendum, eoque & plures procuratores in ea lite posse exsistere, uti plures sunt personæ, quæ in ea lite versentur. Hæc sententia perpetua est in pluribus eiusdem litis actoribus. Horum singuli in ea lite ut per se agere possunt, ita & suo nomine recte procuratorem dederunt. Nec interest, utrum his principaliter res individua deberi cœperit, puta sibi ab initio eam rem stipulantibus; an vero cum uni primo deberi cœpisset, in eius locum postea plures successerint. Ut puta, plures domini fundi communis viam sibi ad eum fundum stipulati sunt. Si omnes a promissore in commune viam petant, non dubitatur, quin hi quibus ita principaliter ab initio deberi cœpit servitus, quia distinctas in ea stipulatione personas habuerunt, nec alii aliorum personam sustinent, singuli suo nomine in ea lite procuratorem dare possint, & qui dare nolunt, non cogantur. At quid si unus dominus viam ad suum fundum stipulatus erit, atque is decesserit pluribus relictis heredibus, qui & ipsi deinde in solidum viam petant, quod & singuli facere possunt? *L. viæ*, *D. de servit.* Nonne probabile videbitur istos unum tantum procuratorem ad eam litem dare debere, quasi qui unius personæ defuncti vice funguntur, cuius ex persona servitutem petant? Dicimus etiam heredes, qui uni stipulatori successerint in ea lite, si agant, singulos aut per se agere, aut qui malunt, suo nomine procuratorem dare posse: quæ sententia expressa est in *L. 5. §. pen.* in fin. *D. iud. sol.* Neque ideo ab illis scinditur in plures personas actio, in qua stipulatore agente unus tantum actor futurus erat. Nam hæc distractio a iure nascitur, non ab heredibus, qui defuncto in eam litem ita succedunt, ut liceat singulis pro se separatim agere. Nec uno agente cæteris agendi necessitas

tas imponatur, ut declaratur in *d. L. 5. §. pen.* Nihil autem incommodi est, qui iure pro se & sine aliis pro se agere possunt, hactenus etiam illos pro se dare posse procuratorem.

V. Quod si in una lite plures erunt rei, qui servitntem, exempli gratia, debeant: hic illa distinctio adhibenda est, utrnm rei principales sint, an ii ad quos ab uno principali reo obligatio pervenerit, puta promissoris viæ plures fideiussores, aut promissoris plures heredes. Si plures rei principales sint, veluti si plures domini fundi communis viam per suum fundum ab initio promiserint, possunt hi quoqne si in commune conveniantur, singuli suo nomine dare defensorem: quia & hi iam ab initio distinctas personas in hac obligatione habuerunt, nec unus alterius personam sustinet. Sed si ab uno promissore viæ res venerit ad plures heredes, pluresve eius obligationis fideiussores: ² placet his conventis aut unum ex his iudicium accipere debere, aut omnes debere dare unum procuratorem, per quem omnium nomine iudicium agatur: *ne defensio per plures scissa*, inquit Ulpianus, *incommodo aliquo afficiat actorem*. L. 5. §. *pen. iud. sol. L. quod si nolit*, §. *si plures*, *D. de æd. ed.* Qua ratione hoc idem in iudiciis familiæ ercifundæ, communi dividundo, finium regundorum admissum est, si unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis. *L. si familiæ*, *D. fam. erc.* Nam in his iudiciis etsi omnes litigatores actores sunt, iidem tamen simul sunt & rei. *L. 2. §. in familiæ*, *D. fam. erc. L. iudicium*, 10. *D.* fin. *reg.*

VI. Verum huic parti occurritur. Nam si plures stipulatoris heredes quanvis unius litis actores sint, possunt tamen singuli in eam litem procuratorem dare, ut ante constitnimus; cur minus liceat pluribus promissoris heredibus si communi lite conveniantur, singulis dare vice sua defensorem? præsertim cum constet favorabiliores esse reos, quam actores. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.* Hoc ideo, quia ex pluribus heredibus actoris singuli pro se agere recte possunt non expectatis coheredibus suis, & agentes æstimationem rei petitæ pro parte sua consequuntur, nempe quatenus eorum interest. *L. 4. §. si fundus*, *D. si ser. vind.* Promissoris autem rei individuæ hæredes, singuli tenentur in solidum, nt quanvis concurrant, tamen omnes pro uno habeantur. Quæ res facit, ut ea defensio quæ solida esse debuit, per plures scindi non debeat. Rursum obstat definitio illa superior, qua generaliter definitur, unius litis plurium personarum plures procuratores dari licere. *d. L. si quis cum 31. §. pen. de proc.* Nihil enim hic distinguitur, utrum sit lis una plurium personarum quæ agant, an plurium quæ conveniantur: & qui conveniuntur, utrum sint principales debitores, an vero unius debitoris heredes. Sed nihilominus verba indicant, si proprie & ex usu iuris auctorum loqui volumus, definitionem superiorem ad procuratores plurium actorum tantum, non etiam plurium reorum pertinere. Primum quia litis verbum actionem significat, eoque proprie ad actores pertinet. *L. litis*, *D. de ver. sig.* Deinde quia cum plures rei conveniuntur rei individuæ nomine, magis re vera lis est unius personæ, quam plurinm, ubi scilicet unus convenitur in solidum solus, aut si cæteri accedant, res per unnm omninm procuratorem transigatur. Postremo procuratores ita fere dicuntur a iuris auctoribus, ut intelligantur procuratores dati ad agendum: unde procuratores distingui solent a defensoribns, ut factum videmus in inscriptione tituli, *de procuratoribus*, *D.* Idque si alias sequendum est, maxime in definitione superiore ita interpretari decet, cum aliis locis declaretur in lite communi & indivisa plurium reorum non item licere dare plures procnratores ad defendendum. Summa hæc est: unius litis plurium personarum semper plnres procuratores ad agendum dari posse: sed & ad defendendum plures defensores; præterqnam si ohligatio ab uno auctore cœpta ad plures fideiussores, aut plures heredes pervenerit: in quibus scilicet lis magis unius personæ dicenda est,

²) Ita Ant. Fab. *ad d. L.* 31. §. 1. Plures fideiussores, seu heredes unius personæ loco, cuius obligatio individua, quique ad se unum defendendum, plures Procuratores dare non potuisset. Obligatio autem non mutatur, ex persona fideiussorum, vel heredum *L.* 2. §. *ex his de V. O.* Nunquam vero plures actores, unius vice quoties proprio nomine, & ad proprium commodum singuli agunt. Aliter Costal. *ad d. L.* 31. sic nempe: Si in heredes incipiat iudicium, dividitur actio, ex lege 12. tab. Et potestas agendi & defendendi per plures, ut *d. L.* 31. §. 1. Potest tamen ob commoditatem iudex iubere, ut lis per unum intentetur *L.* 31. §. 5. *de æd. ed.* Sin iudicium cœptum contra defunctum, ex persona heredum, non dividitur actio. Ergo per unum Procuratorem litigabunt *d. L.* 5. §. *pen.* Sed *d.* § *pen.* verborum & rationis generalitas distinctionem hanc vix admittit. Cæterum quod *d.* §. *pen.* fideiussores per unum cogi defendere habetur, ei resistit *L.* 42. §. *ultim.* in verbis *vel omnes h. tit.* Resp. Gifan. ibid. *n.* 38. id ita accipi, si consentiat actor *d.* §. *pen.* Melius Ant. Fab. ibid. verba ea: *vel omnes* non ad præcedd. refert, sed ad verbum *dederit*, ut sensus sit, recte defendi, sive omnes fideiussores Procuratorem dederint, sive quidam ex illis.

quam plurium: quia plures isti, cum singuli in solidum teneantur, unius personæ loco habendi sint.

VII. Quod tertium & postremum fuit, ne plures procuratores dari possint, hoc exigimus, ut quanvis dentur ab uno, idque in una lite atque una actione, tamen ita dentur, ut adversarius simul omnes eodem iudicio adversus se admittere cogatur. Quod si plures in una lite & ab uno ita dabuntur, ut unus tantum, & is certus iure agat, quominus plures ita dentur, nihil est impedimento. Sic enim evenit; ut exitu ipso unus tantum in lite procurator fiat, aut defensor: quod in universo iure procuratoris dandi concessum est. Sæpe autem accidit, ut pluribus procuratoribus in una lite verbo datis, re ipsa, unus tantum fiat procurator. Ita fit, ut pluribus datis in una lite interdum datio sit utilis, interdum inutilis. Cuius rei diiudicatio ad hanc distinctionem revocanda est. Cum pluribus procuratoribus ab uno in una lite datis, quæritur, an constitutio sit utilis, an inutilis, videndum est, utrum plures isti dati sint diversis temporibus, an simul & uno tempore.

VIII. Si diversis temporibus utilis semper datio est, non quia hoc modo plures dare liceat, ut sint in ea lite simul procuratores; sed quia hic verbis duo dati sunt; vi ipsa unus, non plures. Nempe posterior, si ante litem contestatam ambo dati sint; solus autem prior, si lite ab eo contestata dominus postea alium procuratorem dederit: quorum utrumque hoc modo accidit. Nam qui dedit diversis temporibus duos rebus adhuc integris, & lite nondum a priore accepta, is posteriorem dando priorem prohibuisse videtur. Iuliani hæc definitio est, quæ exstat in *L. si quis cum* 31. §. *ult. D. de proc.*

IX. Atqui cum testator plures tutores dedit diversis temporibus omnes nihilominus tutores sunt, neque posteriorem dando ideo priorem reiecisse existimatur. *L.* 2. *C. de test. tut.* Item cum testator duobus eamdem rem diversis temporibus legavit, non quia posteriori solidam dedit, ideo priori eam ademisse videtur, sed ambo in eandem rem concurrunt, nisi evidentissime appareat testatorem voluisse priori ademptum legatum. *L. si pluribus* 33. *D. de leg.* 1. & si generaliter dicendum est: cur credamus mutatam priorem voluntatem, quæ aperte mutata non probatur, cum dicamus probationem mutatæ voluntatis incumbere ei, qui mutatam dicit? *L.* 3. *D. de prob.* Cur igitur pluribus procuratoribus separatim datis, non simul omnes procuratores sunt, non simul in eamdem procurationem concurrunt? eurque in priore existimetur voluntas mutata, quæ aperte mutata non probatur? Et istarum rerum ratio ac dissimilitudo hæc est; ex qua etiam intelligitur nusquam in his adversus superiorem probandæ mutationis regulam peccari. Cum plures tutores diversis temporibus dantur, ideo omnes tutores sunt, quia si testator in his dandis iure potuit facere quod fecit, etiam voluisse id facere existimandus est. Atqui potuit: plures enim tutores ad rem administrandam, etsi non ad agendum iure dari possunt, sive simul dentur, sive diversis temporibus, nt dati iure in solidum universi obligantur. *L. tres tutores*, in princ. *D. de adm. tut.* Quare qui testamento ita plures dedit, etiam omnes ita datos voluit. Proinde & iure & voluntate eius omnes erunt tutores. Nec dicemus eum posteriores dando a priorum datione recessisse, cum nihil proponatur neque in iure, neque in eius facto, cur id fecisse existimetur. [3] Eademque ratio est rei pluribus separatim legatæ. Omnes quibus ea legata est ad eam admittuntur; quia testator pluribus eamdem iure legare potuit, si vellet; ac verbis legando, etiam se voluisse his legare ostendit, potestatem sibi iure concessam secutus. Neque vero quod multo post alii legavit eamdem rem, idoneum argumentum est mutatæ prioris voluntatis; cum possit legare posteriori, & nihilominus eamdem rem priori legatam velle. *arg. in L. neque, C. de probation.* At cum plures procuratores diversis temporibus ad agendum dantur: ideo qui dedit, posteriorem dando priorem prohibuisse videtur, quia iure plures procuratores dare non potuit, ut simul sint in una caussa procuratores. Et quia non potuit, etiam noluisse dare putandus est, ut in voluntate incerta ex iure sumatur id, quod agi videtur, ut præcipitur in *L. 6. D. de sol.* Unum ergo tantum ex his dare voluit.

X. Dubitabitur, utrum ex his, prioremne ex duobus, an posteriorem. Et recte censuit Iulianus posteriorem: efficiente id videlicet regula iuris, quæ dictat in voluntatibus diversis de eadem re, quæ simul

3) Aliam solutionem Accursii refert Gifan. *ad d. L.* 31. §. *ult.* n. 10. quia in *d. L.* 2. prior tutor datus testamento, posterior codicillis, Ergo cum codicilli ex testamento pendeant, eiusque pars censeantur, ambo simul dati videntur. Sed præsupponit hæc solutio, quod noster negat, simul dari posse plures, ut omnes sint Procuratores.

ſimul conſiſtere non poſſunt, 4 noviſſimam ſervandam priore repudiata, a qua & per poſteriorem receſſum ſit. Servatur hæc regula in pactis, *L. noviſſima*, *C. de pact.* ſervatur conſtanter & in ſupremis voluntatibus. *L. Si mihi & tibi eadem*, 12. *§. in legatis noviſſimæ ſcripturæ*, *D. de leg.* 1. Servari igitur & in procuratorum mandato oportuit, ut his diverſo tempore conſtitutis noviſſima conſtitutio valeat repudiata priore, poſtquam ſimul utroque iure valere non potuit. Quo de voluntate mandantis recepto, probandum eſt poſteriore procuratore dato priorem prohibitum videri, etiam ſi poſtea poſterior nōn poſſit aut nolit accedere ad procurationem, *arg. in L. plane*, 31. in pr. *D. de leg.* 1. Quo caſu evenlet, ut neuter ſit procurator. *D. de leg.* 1. Sed hæc in voluntate mandantis obſcura dicta ſunt. Cæterum ſi dominus ita poſteriorem dabit, ut declaret ſequentem quoque manere velle, non dubitabimus, quin utrumque dederit, proindeque habentur, quaſi ambos ſimul dediſſet, ut iam pertineat hæc datio ad poſterius membrum propoſitæ diſtinctionis, *arg. in d. L. plane*, *§.* 1. *§.* 2.

XI. Et hæc quidem ita ſe habent, cum plures procuratores ſeparatim dati ſunt ante litem ab ullo eorum conteſtatam. Quod ſi lite ab uno procuratore conteſtata dominus poſtea alium in eadem cauſſa procuratorem det; hic contra evenit, ut prior ſolus ſit procurator, poſteriore datione inutili conſtituta. Idque ex eo accidit, quod prior lite a ſe conteſtata ita procurator eſſe cœpit, ut ſit etiam effectus dominus litis: quo iure illi conſtituto cœpit res eſſe in ea cauſſa, ut nec prior dominus poſſit negotium perſequi, nedum in eo negotio alium procuratorem dare, qui id perſequatur. *L. procuratoribus*, *C. de proc.* de quo plura poſtea in iure mutandi procuratoris. Fit ergo, quod dixi, ut cum plures procuratores diverſis temporibus dati ſunt, ſine exceptione datio ſit utilis: idque ideo, quia vi ipſa non plures dati ſint, ſed unus: alias poſterior, quod ſit, cum omnes ante litem conteſtatam dati ſunt: alias prior, quod ſit cum lite ab eo conteſtata alius datus eſt.

XII. Quod ſi plures procuratores ſimul dati erunt, ut ſit, cum plures conſtituuntur eodem inſtrumento procurationis: intereſſe dicemus, utrum nominatim ita dati ſint, ut ſimul cauſſam agerent, an vero dati ſint ſimpliciter. Si ita dati nominatim, ut ambo cauſſæ adeſſent, inutilis datio eſt: 5 ex qua neque ambo invito adverſario agere poſſunt prohibente iure, *d. L. decreto*, *§. ult. de adm. tut.* neque unus ſolus refragante mandantis voluntate. Nam qui ambos voluit ſimul agere, unum ſine altero agere vetuit: neque porro is procurator eſt, qui mandatum domini egreditur, *L.* 1. *D. de proc.* neque unquam ad agendum alieno nomine quiſquam admittitur contra apertam domini voluntatem. *L. Pomponius*, *§. ult. D. eod.* Quod ſi plures procuratores ſimul dati erunt ſimpliciter, ut ſit ius ſingulis agere in ſolidum, non eſt quidem datio per ſe inutilis: ſed poſſunt hi facto ſuo inutilem ſibi conſtituere, quam & contrario facto utilem habere potuerunt. Multum enim refert. Utrum hi ſimul concurrant ad agendum, an vero ſeparatim agant. Si concurrunt ita, ut ſimul ſe ad cauſſam admitti velint, fruſtra agunt, cum iure plus uno unius perſonæ nomine in eadem cauſſa agere non poſſit: ne tutor quidem, ut iam ſæpe diximus, *d. L. decreto*, *§. ult. de adm. tut.* Sed etſi ita concurrunt ut velint quidem unum agere, ſed uterque ſe eum eſſe poſtulet, ſeque alteri præferri velit, etiam eo diſſenſu ſibi obſtabunt, ſeque mutuo concurſu impedient: cum nihil interſit, an ambo ſimul agant, an neuter alterum ſolum agere patiatur, *arg. in L. quoties*, in prin. *D. de uſufruct.*

XIII. Sed in hoc concurſu an non recte ſieri dicemus, ut unus ex his a iudice eligatur, & is qui magis videbitur idoneus, ut ſic dirimatur controverſia, & domino abſenti conſulatur? Minime. Non enim recte dici poteſt in his procuratoribus qui pariter dati ſunt, unus altero magis idoneus. Dominus enim omnes pariter dando, omnium pariter ſidem & in-

4) A. Fab. *ad d. L.* 31. *§. ult.* In iis, quæ ambulatoriam admittunt voluntatem, poſterior actus ſemper vincit priorem, ut in teſtamentis, codicillis, donatione mortis cauſſa, & ſimilibus. Sicuti contra, in is, quæ pœnitentiam non recipiunt prior actus, ſi validus ſit, ſemper vincit poſteriorem *L.* 5 *L.* 8. *C. de O. & A.* Quæ tamen ſic declaranda, modo actus uterque conſiſtere nequeat. Male vero Giſan. *in d. §. ult. n.* 11. ſi poſteriorem dando, teſtetur dominus ſe priorem non revocaturum, utrumque eſſe Procuratorem, quia expreſſæ voluntati tacita cedat, & Menoch. 2. *Praeſ.* 36. *n.* 12. Quaſi vero tota hæc res ex voluntate dantis, nec etiam ex iure, quod hac datione ius adverſarii minui non ſinit, metienda ſit.

5) Diſſ. A. Fab. *ad L.* 32. *h. t.* qui, poſſe, ſtatuit, eodem tempore plures haberi Procuratores, ita ut coniunctim omnes ſint; nec quidquam in lite per unum ſine alio expediatur. Aſt non poſſe ita, ut ſinguli ſint Procuratores in ſolidum. Sed hæc, per ea quæ Don. *h. Cap.* refelluntur.

duſtriam in ea re comprobavit, comprobando pariter fecit idoneos: non diſſimiliter, atque dicitur bonum & idoneum nomen feciſſe creditor, qui admiſit debitorem delegatum. *L. inter*, §. *abeſſe*, *D. mand.* Tum autem ut ſit inter hos unus alio magis peritus rerum forenſium, aut induſtrius, tamen in re quæ ad voluntatem domini ſolam pertinet, non debet iudex ſibi ſumere, ut unum eligat, ne forte eum eligat, quem dominus noluit. Eſto enim, unus re vera magis ſit induſtrius, quam alter; tamen fieri poteſt, ut dominus de uno conſultus alterum præferat vel tanquam fideliorem & amiciorem, vel quia quacunque de cauſſa etiam iudicio corruptus ita faciendum eſſe exiſtimet. Eſt autem abſurdum in re ad voluntatem domini pertinente ius eius alieno iudicio, non ipſius arbitrio æſtimari, ut eleganter Iabolenus ſcripſit, in *L. libertus*, *D. de tol. lib.* Omninoque hic eveniet, quod fit, cum ex duobus Titiis eiuſdem nominis teſtator unum tutorem eſſe voluit ita caveus, Titius filio meo impuberi tutor eſto, & ignoratur, de utro teſtator ſenſerit. Placet enim in re quæ ex voluntate defuncti pendet hanc ipſam ſpectari, non rem arbitrio iudicis committi, ne forte is eligatur, quem teſtator noluit. Quod ſi de voluntate non poſſit conſtare, non ius deficere, ſed probationem: ideo neutrum tutorem eſſe. *L. duo*, *D. de teſt. tut.* Ergo & hic cum quæretur, ex duobus procuratoribus ſimul concurrentibus, utrum dominus datum velit, ad voluntatem eius recurrendum eſt: de qua quandiu non conſtabit, non ius deficiet, ſed probatio; ideoque interim neuter erit procurator.

XIV. Solum igitur pluribus procuratoribus ſimul datis ſimpliciter, utilis conſtituetur his datio, cum agent ſinguli ſeparatim; non quia incipiant hoc caſu duo de eadem re agere poſſe diverſis temporibus, ut ſic tandem in eandem cauſſam concurrant, quod ius vetat; ſed quia hoc caſu futurum eſt, ut unus tantum ex his fiat procurator remoto altero: quod ius concedit. Aget unus videlicet ſolus in ſolidum, quod poteſt: quia ſinguli in ſolidum dati ſunt. *L. creditor*, §. *duobus*, *D. mand.* qui ubi agere cœperit litem conteſtando, efficietur continuo dominus litis: quo facto omnes alios in ea lite procuratores, atque adeo dominum ipſum priorem excludet, ut ſupra dixi. *L. procuratoribus*, *C. de proc.* Et hoc eſt, quod de his definitur in *L. pluribus*, 32. D. eod. *pluribus procuratoribus in ſolidum ſimul datis, occupantis melior conditio erit: ut poſterior non ſit in eo quod prior petiit, procurator.* Occupantis, ideſt, ſeparatim prius agentis, & litem conteſtantis, ut poſtea petitinnis verbo hoc idem explicatur. Eſt autem petere iudicio agere, & litem conteſtari. Recte autem dicitur procurator litem conteſtando hanc ipſam occupare, quia hoc facto ſuam & ſibi propriam facit, dum eius litis dominus efficitur. Hac autem occupatione fit eius conditio [6] melior, quia eo facto dominus litis effectus alii procuratori ſimul dato præfertur, ut ne is amplius in ea lite ſit procurator, ut ſubiicitur, adeoque non hunc ſolum, ſed & alios omnes in ea lite removet. *d. L. procuratoribus*, *C. eod.*

XV. Quid tamen, ſi dominus in inſtrumento procurationis pluribus procuratoribus a ſe datis adiecerit hanc clauſulam, quæ eſt vulgata apud notarios: ut ita ſint iſti procuratores, ne ſit occupantis melior conditio? Non eo minus occupantis melior conditio erit, qua fiat, ut illo agente & litem conteſtato, poſterior in eo quod prior petiit, non ſit procurator. Nam nec dominus ipſe qui procuratores dedit, lite ab uno conteſtata, eam litem etiam ſi velit, proſequi poteſt. Quanto minus in ea alium procuratorem dare? Nihil ad rem pertinet, quod ambos iſtos procuratores dominus ante litem conteſtatam dedit, & ſuperiorem clauſulam adiecit. Sane enim utrumque fecit ante litem conteſtatam, ſed hac conditione, ut uno litem occupante, quod fit lite ab eo conteſtata, tum vellet alterum quoque in eamdem litem procuratorem eſſe. Ita huius poſterioris dationem hoc caſu in id tempus contulit, quod ſequitur litem a priore conteſtatam: quo tempore procurator a priore domino conſtitui non poteſt. Porro nihil intereſt, utrum quid fiat non ſuo tempore, an factum alias in tempus non conceſſum conferatur. Sane ſuperioris clauſulæ hic poteſt eſſe uſus, ut ſi procurator qui prius litem conteſtatus eſt, non poſſit poſtea negotium exſequi, aut nolit, poſſit poſteriori ex ea clauſula locus eſſe ad negotium cœptum peragendum, niſi prior alium procuratorem vice ſua dederit, cum adhuc

6) Ant. Fab. *ad d. L.* 32. Quia, ait, dominus non poteſt efficere ut ambo admittantur; neceſſe eſt, ut aut ſe mutuo impediant, aut occupans potior ſit. Neque enim melior conditio prius nominati, quia ſolus ordo ſcripturæ, vel ſermonis non immutat rationem iuris, vel voluntatis *L.* 77. §. 32. *de L.* 2.

adhuc esset procurator. Nam qui litem contestatus est, quandiu procurator manet, alium procuratorem recte dat, utpote dominus litis factus. *L. neque*, *L. procuratoribus*, *C. de proc.* Superioribus autem casibus aut desiit procurator esse, aut mutari potest. *d. L. procuratoribus*. Quo mutato, nihil impedit, quominus novus procurator a domino detur in ea lite, aut qui prius inutiliter datus erat, ab eo confirmetur: idque bene constituitur in *C. si duo, de proc. li. 6.*

XVI. Atque hæc ex iure civili sunt vera ut mihi videtur, minime incerto. Adversus quæ tamen pleraque 7 constituta sunt in eodem illo *C. si duo*. Quæ cum mihi falsa videantur, & ex errore iuris civilis primum nata, paucis ne nos fallant, animadvertenda putavi, ea lege: ut si quis ad ea sequenda satis per se in ea constitutione auctoritatis esse putat; liberum sit per me unicuique idem sequi. Sin putat ex iure civili sumpta, eo translata esse per interpretationem: errore animadverso habeat potius, quod cavendum & minime sequendum putet. Ut certe in foro & caussis civilibus iure civili nobis utendum esse inter omnes convenit.

XVII. Primum ait Bonifacius, cum duo procuratores simul dati sunt, ambos ad caussam agendam simul admitti. Liceat hic nobis breviter attingere ea, quæ ante in eandem rem disseruimus. Falsum ex *L. decreto*, *§. ult. D. de adm. tut.* ubi nec pluribus tutoribus simul recte datis plus uno agere nomine pupilli potest. Quod in pluribus procuratoribus simul datis multo magis recipiendum est: quoniam in tutoribus plus iuris est propter muneris publici auctoritatem. Falsum ex definitione tradita; in *L. si quis cum*, 31. *§. unius*, *D. de proc.* quæ unius litis plures procuratores dari concedit; sed hac conditione, si lis erit plurium personarum. Quod plane hanc sententiam habet, ut si una lis sit unius personæ, de quo nunc agimus, ibi non sit concessum plures procuratores dari. Adde huius sententiæ æquitatem manifestam. Non enim possunt in una lite ab uno domino eius litis plures dari procuratores, quin distringatur adversarius in plures personas: quod sine incommodo & iniuria eius fieri non potest *L. 2. D. de exer. act. L. quod si nolit*, *§. si plures*, *D. de æd. ed. L. 5. §. pen. D. iud. sol.* Quod incommodum in universa potestate procuratoris dandi cavendum esse, istaque ipsa lege omnem hanc potestatem iure constitutam esse diximus. Sed & huius sententiæ certum argumentum est, quod placet pluribus procuratoribus in eadem lite separatim datis, posterioris datione priorem prohibitum videri. *d. L. si quis cum*, *§. ult. de proc.* Non enim id omnino ex alia re fit, quam quod plures simul dari non potuerunt, ut simul omnes in eodem iudicio concurrerent: qui si simul dari possent, & prior datus intelligeretur & posterior: quoniam dominus id voluisset, quod & iure facere potuit. Sic plures tutores a testatore dati, quamvis diversis temporibus, omnes tutores sunt; quia iure possunt plures dari, non qui agant, sed qui tutelam administrent. *L. 2. C. de test. tut.* Sic plures quibus eadem res in solidum legata est, quamvis diversis temporibus vocati, omnes tamen ad eam rem concurrunt: quia testator eamdem rem pluribus legare potuit. *L. si pluribus*, *D. de leg. 1.*

XVIII. Secundo ait, si plures procuratores simul dati sint simpliciter, non solum ambos simul accedere ad caussam posse, sed etiam debere ita, ut unus sine altero agere non possit. Quo significatur si forte unus separatim petat, & litem contestetur, nihil eum agere: omninoque occupantis non esse meliorem conditionem. Quod contra diserte negatur in *L. pluribus*, 32. *D. de proc.* sic enim verba sunt: *Pluribus procuratoribus in solidum simul datis*, *occupantis melior conditio erit; ut posterior in eo quod prior petit*, *non sit procurator*. At enim hic additur *in solidum*; nos autem de pluribus procuratoribus loquimur, simul quidem datis sed datis simpliciter. Sic enim & Bonifacius istas dationes distinguit. Sed & hoc non recte. Nam & cum plures procuratores simul dantur simpliciter, id est, his verbis nominatim non adiectis, in solidum, nihilominus oratione ipsa singuli in solidum dati intelliguntur. Non enim dati sunt ita, ut singuli ad partem caussæ agendam defendendamve accederent; sed ut singuli accederent ad caussam ipsam; quod quidem ab his nisi in solidum fieri non potest. Facta hæc sunt, caussam agere, caussam defendere: quæ non magis 8 divisionem recipiunt, nec magis cuiquam pro parte contingere possunt, quam insulam

7) Quod & Fulgosium testari, scribit Gifan. *ad L. 37. & seq. h. t. n. 12.*

8) Recte. Sed contra usus observat, ex *d. C.* 6. Et itaque si plures simpliciter dati, non censentur in solidum constituti *DD. in d. L. 32. h. t.* quibus & fere consentit A. Fab. *ut supr. N. 5.* Quod si quis constituat duos simul & adiciat hæc: *& utrumque eorum* censeri in solidum datos, pluresque sic iudicatum, refert Mynsing. *1. Obs. 47.*

fulam ædificare, fossam fodere, rem tradere. *L.* 4. in fin. *L. cum ex caussa*, 138. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. *D. de verb. obl.* Denique hoc in pluribus tutoribus simul daris, quanvis simpliciter, certum ius est, omnes in solidum datos videri: unde & singuli in solidum obligantur. *L. tres tutores*, in princ. *D. de adm. tut.* & ne quis exemplum non congruere tergiversetur, hoc idem & in pluribus procuratoribus eorumdem negotiorum simpliciter datis expressum est in *L. creditor*, §. *duobus*, *D. mand.* Postremo qui simul dati sunt simpliciter, necesse est, aut singuli in solidum dati sint, aut pro parte. Utrumvis dixerimus, nihil prohibet unumquemque sine altero separatim agere. Si dati sunt in solidum, est id quod volumus. Si pro parte, quod verba dationis repudiant: tamen vel hac ratione maxime possunt per se agere singuli separatim, dum scilicet unusquisque se pro sua parte agere dicet, non pro parte alterius procuratoris: cuius pars cum non attingatur, nihil habet quod queratur sibi alterius actione quidquam præripi. Sed iam ante facta hæc, caussam agere, defendere, divisionem non recipere diximus; in qua & sententia manendum est.

XIX. Tertio ait, cum plures procuratores simul dati sunt in spiritualibus & ecclesiasticis caussis, sive nominatim in solidum, sive simpliciter, unum tantum admitti debere, ne negotium implicari contingat; nempe propter naturalem plurium ad dissentiendum facilitatem. Hoc si ita est, etiam in caussis civilibus ista ratione idem admitti oportuerat. Hoc enim ratum esse debet, ne in civilibus quidem & privatis caussis procuratorem dari licere cum incommodo & iniuria adversarii. Non est autem modicum incommodum adversarii rem illi implicari ex diversis personis procuratorum, ut initio huius capitis ostendimus.

XX. Quarto & postremo sic constituit Bonifacius, cum plures procuratores ita dantur, ut non possit admitti nisi unus; si omnes dati concurrant, non ideo omnes reiici, sed rem committi arbitrio iudicis, ut idoneiorem eligat, & quem elegerit, solum futurum procuratorem. Quod sane ita constitui non debuit duabus de caussis. Una est, quod de idoneiore eligendo deliberandum non est, ubi omnes dati pariter sunt idonei. Atqui verum est, quod iam supra diximus, dominum omnes istos simul dando, pariterque omnes comprobando, omnes quoque pariter iudicasse idoneos, ac pro talibus habuisse. Altera caussa est, quod etsi quis dederit unum ex procuratoribus datis altero magis esse idoneum; tamen cum in constituendo procuratore, quem domino demus, de utilitate & voluntate eius privata agatur, nimirum & huius ipsius voluntas exquirenda est, non iudicis existimatio, ne forte eum eligat, quem dominus consultus nollet, etsi fortasse iudicio falsus. Recte enim, ut supra dixi, Iabolenus: in re ad aliquem pertinente, absurdum esse ius domini aliena computatione, non ipsius domini arbitrio æstimari. *L. libertus*, *D. de bon. lib.* Sed moti sunt iuris Pontificii interpretes exemplo plurium qui simul agunt populari actione: quos quidem convenit simul ambos agere non posse, similiter ut de pluribus procuratoribus ad agendum simul datis ante constituimus. Si tamen isti concurrant ad agendum eiusdem rei nomine, non ideo placet eos concursu ita se impedire, ut neuter agat, sed rem committi æstimandam prætori, qui eliget idoneiorem. *L.* 2. *D. de pop. act.* Sed intelligere debuerant male omnibus modis istos in hac re comparari, duos procuratores a privato domino ad agendum simul datos, & duos actores, qui a nullo dati ultro ad agendum populari actione accedant. Nam primum duos procuratores dominus dat: dando idem iudicio suo & voluntate pariter facit idoneos. Duos populari actione agentes nemo dat, ac proinde nemo idoneos facit, ut necesse sit unumquemque pro se ita idoneum videri, ut est natura: secundum quam evenit, ut alius alio ad agendum, & ius suum populo tuendum magis sit idoneus. Tum autem in procuratorum constitutione de re privata domini agitur. Idcirco & huius est existimare, quem suis actionibus accommodatum putet; voluntatis statuere quem sibi procuratorem esse velit. In actione autem populari agitur utilitas publica. Est enim popularis actio, quæ ius suum populo tuetur. *L.* 1. *D. de pop. act.* Utilitas publica cum ad nullum privatum pertineat, ne eius quidem æstimatio privati est cuiusquam: eo fit, ut soli magistratui apud quem agitur, sit permittenda, qui idoneiorem in actione populari eligens statuet eum, qui fortius & diligentius in ea actione ius suum populo tueatur.

CAP.

CAP. XVI.

Procurationem defensionemve alienæ litis neminem invitum extra munus publicum suscipere cogi. Susceptum exsequi necesse esse; sed ad modum. Quatenus necesse sit, & quæ sit in eo procuratoris obligatio litis propria.

Continuatio rerum, atque ordo. I.
Invitus quis procurationis munus suscipere non cogitur. II.
Nisi accedat muneris publici necessitas. In quibus hæc insit generibus personarum. III.
Susceptum exsequi cogitur, lege mandati. IV.
Exsecutionem non debet adversario, sed domino. V.
Cuius absentis nomine agere debet eo usque quoad res iudicetur. (*Interpretatio* L. invitus 17. C. de proc.) VI. IX.
Et victus procurator appellationem interponere. VII.
An & eam persequi sententiam usque. VIII.
Affirmans sententia defenditur. VIII. IX. X.
Contraria refelluntur. XI.
Immo & victor appellationem adversarii excipere XII.
Superior illa procuratoris obligatio quot & quales habeat exceptiones. XIII.
An procurator ad agendum simpliciter datus defensionem absentis domini subire cogatur. XIV.
Negantium opinio probatur, & defenditur. XV.
Eademque vindicatur ab obiectis. XVI. XVII.
Defensor domino obligatur, & adversario. XVIII.
Cum domino obligatio defensoris eadem, eademque præstatio quæ procuratoris. XIX.
Cum adversario diversa; & hic a præstatione distinguenda obligatio. XX. XXIII.
Obligatur adversario defensor, sive ipse iudicatum solvi satisdedit; & quo iuris effectu. XXI.
Sive pro illo consentiente dominus: qualis hæc obligatio, subtilius explicatur. XXII.
Hæc habet in præstatione cum domino, ut iudicium persequatur, & absolvat. XXIII.
Cum adversario nihil præter quam quod iudicium accipiat; an ad id obligetur ex stipulatu. XXIV.
Cur aliud iuris in procuratore. XXV.
Defensor, etsi satisdedit, non tenetur insta de caussa accipere iudicium, nec ipse, nec fideiussores. XXVI.
Caussarum genera tria, & quæ. XXVII.
1. *Ex persona domini capitales inimicitiæ, & caussa procurationis accipiendæ finita.* XXVIII.
2. *Ex persona defensoris, si hic aut casu impediatur, aut dignitate, aut damno rei familiaris.* XXIX.
Exceptio. XXX.
3. *Ex persona adversarii, si huius nihil intersit.* XXXI.
Contraria iudicii excusationi refelluntur. XXXIII.

I. ET de potestate procuratoris invito adversario dandi hactenus. Fuit enim eius potestatis hæc summa: Exigentibus hominum utilitatibus tandem obtinuisse, ut unusquisque iudicio litigaturus posset ipse agere & defendi per procuratorem: sed hac conditione, dum id fieret sine incommodo aut periculo adversarii. Id dum cavetur, receptam esse hanc potestatem certis conditionibus: quæ cernuntur in his rebus quinque: in caussa de qua agitur; in persona dati procuratoris; in mandato domini; in præstationibus procuratori iniunctis, quæ omne damnum & periculum eius certationis amoveant adversario; tum in numero procuratorum. Ac singula hæc ordine persecuti diximus huc usque, quid unumquodque hic postularet, quidve in unoquoque interveniret, quod admittat, vel reiiciat procuratorem. Quæ cum omnia recte concurrent, tum erit procurator recte datus, & ea potestas dandi habendive procuratoris constituta, de qua quæsiimus. Hac potestate recepta, in qua potissimum ratio habetur adversarii, adversus quem invitum hæc potestas constituitur; cœpit deinde, ut initio proposui, quæri de cæteris personis,

fonis, quæ verfantur in hac datione, ut videamus, quid his etiam in hac fpecie liceat, aut non liceat, quod ex ipfa procuratione ad eos redire debeat, aut non debeat: primum de procuratore, si forte ad procurationem obeundam vocetur invitus: deinde de domino, si quando hinc videatur procuratorem a fe datum poftea mutare: tum communiter de domino & procuratore, cum de facto recte dati nec mutati procuratoris quæretur, ecquid domino profit, aut noceat, ecquid etiam procuratori, & quatenus. Ac de procuratore primum, qui fecundus locus fuit a nobis initio propofitus, de quo in hoc argumento quæreremus.

II. Poftquam ergo invito adverfario procuratorem dare conceffum eft, proximus locus eft de procuratore, ut quæratur, an & hunc invitum cuiquam dare liceat: & generaliter an quifquam procurationem defenfionemve alienæ litis invitus obire cogatur. Quæ quæftio duplex eft. Aut enim agitur de procuratione ab initio fufcipienda, aut de fufcepta exfequenda: quo ordine etiam de utraque dicemus. Et de fufcipienda alienæ litis procuratione aut defenfione fi quæritur, fententia iners certe eft, invitum procuratorem non dari; invitum neminem cogi procurationem fufcipere. *L. filiusfamilias*, *§. invitus*, *D. de proc. L. invitus*, *C. eod.* Ductum ex lege perpetua mandati. Nam hoc totum, deferre alicui procurationem litis noftræ, & quod idem eft, petere ab eo, ut fit nobis in ea lite procurator, nihil aliud eft, quam mandare ei eius litis procurationem, feu mandare, ut eam procurationem fufcipiat. Unde & procurator definitur, qui mandatu domini negotia eius adminiftrat. *L. 1. D. de proc.* Mandatum autem fufcipere non eft muneris publici, fed privati cuiufque officii & liberalitatis. Ideo & hoc ipfum fufcipere aut non fufcipere cuivis liberum. Eaque lex eft mandati perpetua. *L. 1. §. ult. L. fi mandavero*, *§. ult. D. mand. §. pen. Inftit. eod.* Quapropter idem ius effe oportet & procurationis fufcipiendæ.

III. Quod tamen fic accipiemus, fi nihil amplius, hic quæratur, quam fimplex procuratio aut defenfio litis cum neceffitate muneris publici minime coniuncta. Quod fi quis erit, in quo ad actionem aut defenfionem alienæ litis infit neceffitas muneris publici, ea faciet fine dubio, ut cui defertur hæc actio aut defenfio, is delatam eam procurationem detrectare non poffit. Ineft hæc neceffitas in his quatuor generibus perfonarum, quæ eadem adfert his, neceffitatem alienæ actionis itemque defenfionis fufcipiendæ; in tutoribus, curatoribus, fyndicis, procuratoribus forenfibus iis quibus ætas noftra in iudiciis utitur. Tutoribus & curatoribus ut reliqua adminiftratio rerum pupillarium vel adolefcentis defertur lege, fic & mandatur actio pupilli adolefcentifve, eorumque conventorum defenfio. *L. 1. §. 1. L. vulgo*, *D. de admi. tut. L. ult. C. eod.* Sed utramque hanc delatam defugere non poffunt, neque tutores neque curatores: fcilicet quia tutelæ iure his defertur. Tutela autem tota munus publicum eft, quod fine iufta excufatione detrectare non licet. *Inft. de excu. tut.* in prin. *L. ult. D. de mun. & hono.* Syndicis quoque mandatur a curatore actio & defenfio rerum ad civitatem pertinentium. *L. item*, *§. 1. D. quod cuiufc. univ. nom.* Sed & hi mandatam actionem & defenfionem iftam fufcipere coguntur. Quippe fyndici munus & ipfum publicum eft. *d. L. ult. §. defenfores*, *D. de mun. & hon.* Etiam a privatis procuratio & defenfio mandari folet procuratoribus iftis forenfibus, quos dixi. Verumtamen ne hi quidem delatam a privato eam operam fine iufta cauffa detrectare poffunt. Id ea re defendimus, quod certi iuris eft, publicam & neceffariam operam effe advocatorum, ideft eam, quam defiderantibus litigatoribus fine cauffa idonea denegare non poffunt. *L. 1. §. ait*, *1. D. de poft. L. providendum*, *C. eod.* At procuratores forenfes, de quibus loquimur, in [1] advocatorum numero funt, neque proprie funt ii quos dicimus procuratores. Sic enim definiuntur Ulpiano advocati,

qui

1) Ita Duaren. *h. t. C. 1.* generaliori appellatione hos advocatos dici poffe, ac noftris moribus, Procurationis munus publicum effe, & Gifan. *ad L. 8 §. 1. h. t. n.* 8. Ac notant vulgo regulam *d. L.* 17. fallere in iis, qui operas locare confueverunt, DD. in *d. L.* 17. Sichar. *ibid. n.* 2. Gail. 1. *Obf.* 43. *n.* 8. P. Frider. *Lib. 2. de Mandat. iudic. C.* 53. *n.* 11. *ac feqq.* Freher. *de Infam. C.* 13. *n.* 1. Iac. Ayrer *Procef. P. 1. C. 1. Obf.* 8. *n.* 6. ac in iis, qui a magiftratu conftituuntur, ac qui ordini Procuratorum publice adfcripti, Phil. Matthæ. *ad L. 156. de R. I. n.* 4. Sich. *d. loc.* Sic Procuratores pauperum invitos cogi, fi habeant falarium a magiftratu, fcribit Monach. *Pract. iudic. P. 6. C. 3. n.* 12. *& feqq.* Amplius A. Fab. *ad d. L. 8. §. 1.* nihil fere fimile habere noftros cum antiquis, de quibus *h. t. D. & C.* cum illi omnes mercenarii fint, magifque ex locationis, quam mandati contractu obligent, & obligentur. Nec poffe operam petenti recufare, quia certi fint, & ius impediendi habeant, ne alius extra ipforum matriculam admittatur. Sic, ex ord. *Cam. P. 1. tit.* 19 *§.* 5. ad hoc compelluntur pœna interdictionis fori, Gail. *d. Obf.* 43. *n.* 6. Mynf 4. *Obf.* 32. Ayrer. *fupra d. n.* 6. Iure quoque Saxonico munus hoc neceffarium effe, notat Reinhard *P. 4. Diff. 12. per text. Lib. 1. Art.* 60. qui tamen de advocatis loquitur. Sed & Procuratorum olim, in quovis foro certum numerum fuiffe, quibus folis, cauffas committere licuerit, ex conft. Græca, quæ in *L. pen. & ult. C. h. t.* habetur, probat Cuiac. 13. *Obf.* 5.

qui caussis agendis quoquo modo operantur. L. 1. §. *in honorariis*, vers. *advocatos*, *D. de extr. cog.* At tales sunt isti procuratores, qui tempora ad quidque postulandum opportuna, res item & formulas ad litem persequendam necessarias litigatori itemque & patronis ipsis subministrant. Extra hos, & breviter si quis est, a quo necessitas muneris publici ad actionem defensionemve alienam aberit (abest autem ab omnibus, qui in superiori numero non sunt) servabimus in eo perpetuam privati mandati legem, ut procurationem delatam suscipere cuivis liberum sit, invitus nemo suscipere cogatur. Invitum hic definimus, ut & in omnibus contractibus qui interponuntur inter homines sanæ mentis, non eum tantum qui contradicit, de quo nulla dubitatio est; sed & eum qui aperte [z] non consentit. *d. L. filiusfamilias*, §. *invitus*, *de proc. L. invitum*, 5. *D. de ser. urban. præd.* Et ideo si amicum rogavero, ut meo nomine iudicio ageret in certa lite, aut me in ea lite defenderet, & is taceat, dicemus non ideo eum procuratorem in ea lite factum videri: alioqni existimandum esse eum procuratorem invitum datum; & invitum idcirco, quia aperte, non consenserint. Invitum autem dari ius non patitur.

IV. Hæc de procuratione suscipienda. Quod si de suscepta agetur, hic itidem valet lex mandati contraria, ut quemadmodum liberum est mandatum non suscipere, cæterum susceptum exsequi & explere oportet, si potest: sic oporteat & susceptam litis procurationem, in qua & ipsa mandatum suscipitur. *d. L. si mandavero*, §. *ult. L. si quis alicui* §. *qui mandatum*, *D. mand.* Sed huius procurationis propria quædam sunt. Ideo & hic separatim de ea obligatione exquiritur. Et quoniam alia hic obligatio est procuratoris ad agendum dati, alia defensoris, idcirco de utriusque persona & obligatione distincte dicemus. Procuratione ad agendum suscepta, de obligatione procuratoris, quæ spectet ad exsequendam obligationem, duo quæruntur: Cui obligetur, tum Quam ad rem. Et procurator ad agendum datus nunquam eo nomine obligatur adversario. Certe ante litem contestatam minime, etiamsi maxime datus sit, consentiente adversario, & pacifcente, ut procurator ageret. Hoc enim cavetur actoris caussa: cui propterea licet iuri suo renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Huc pertinet ius constitutum, quo fit, ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. *C. ut nemo invit. ag. vel acc. cog.* Quin etiam lite a procuratore cum adversario contestata, licet ei litem deserere. Tantum hoc periculum est, quod absens damnari potest. Cæterum ob procurationem susceptam nulla est actio adversario adversus procuratorem. Solum igitur, qui hanc procurationem suscepit, obligatur mandati domino, cuius mandatu agit, si non ita mandatum exsequatur, ut oportet: eiusque rei nomine quemadmodum & susceptæ administrationis placet procuratorem ut in cæteris quoque negotiis, ita & in litibus ex bona fide rationem reddere debere. *L. qui proprio*, 46. §. *procurator*, *D. de proc.* Restat igitur, ut illud alterum quæratur, quid procurator hic præstare debeat, quam ad rem ipse obligetur. Et duo sunt, quæ procurator si quidem agere velit, præstare debeat: primum agere absentis nomine; deinde si mutuo conveniatur dominus, hunc ipsum defendere: prius iure mandati, quod nominatim recepit: posterius ex edicto, quo ita cautum est, ut qui actionem alterius nomine sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat. *L. servum*, §. *ult. D. de procur.* Ita in summa in officio procuratoris ad agendum dati duo hæc versantur, actio nomine domini, & huius ipsius mutuo conventi defensio. De utraque parte suæ sunt & iustæ dubitationes: de quibus quid placeat, breviter cognoscamus.

V. Primum hoc est extra omnem controversiam, procuratorem ad agendum datum aperte hoc suscipere se de ea re in qua datus est nomine domini acturum; ut proinde nisi quid impediat, debeat hoc ipsum præstare, & hactenus implere susceptam fidem, sicut mandati lex postulat, & facere iubetur in *L. invitus*, in fin. *C. de proc.* Hoc quæritur, quousque agere debeat fide suscepta, qui id recepit, quodque idem valet, quid eo suscepto contineatur. Ac primum hoc quæritur, utrum

z) Nec scientia & silentium hic, pro voluntate. Baro *ad d. L.* 8 quia de obligando agitur. Constitutum tamen, *Clem.* 1. *ext. h. t.* ut si instrumenta, vel litteras procurationis simpliciter sciens accipiat, nec contra protestetur, consensisse censeatur, Gifan. *ad L.* 1. §. *ult. h. t. n.* 42. Unde si postea negocia neglexerit, mandati tenetur, Duar. *h. t.* C. 3. Quod etsi forte non temere; ast contra rationem iuris civilis videtur, *d. L.* 8. §. 1. nec recte comprobatur arg. *L. filiusf.* 17. *ad SC. Maced.* a Chil. Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 109. Confer. Octav. Vestrius *Pract. aula Rom. Lib.* 4. *Ca.* 5. *ibique in annot.* Nic. Ant. Gravat. *lit. D.* Licet vero constitutus initio dissensum indicet, quandiu tamen constituens voluntatem non mutavit, acceptare potest, quandocunque libuerit *C. licet* 7. *extr. h. t. in* 6.

utrum satis sit procuratorem ab initio agere, & rem in iudicium deducere, litem contestando, quo res iudicio inclusa salva & perpetua esse incipiat domino; an vero litem institutam debeat persequi ad extremum, donec res iudicetur, atque ita finem accipiat sententia iudicis. Et placet eum ita persequi debere, nec satis esse ita egisse, ut rem dumtaxat in iudicium deduceret. Indicant verba *d. L. invitus, C. de procur.* Sic enim scribunt Imperatores: ***Invitus procurationem suscipere nemo cogitur; nec eamdem ultra nisi provocationis caussa extendere.*** Nec eamdem sic accipe, susceptam, quod omnes recte interpretantur. Neque enim recte quæri potest, an ultra aliquem modum extendi debeat procuratio, nisi de ea quam constat ad aliquem modum implendam esse, de qua ipsa amplius quæratur, an ultra extendi debeat. Neque vero debet aliquo usque impleri, nisi prius suscepta; semper enim tenendum est, quod est in extremo *d. L. invitus.* Sufficere implere susceptam fidem. Hoc igitur dicunt Imperatores, procurationem a principio invitum suscipere neminem cogi. Susceptam si quis susceperit, exsequi quidem debere; sed ita, ut nec eam ultra nisi provocationis caussa, id est, ultra quam provocationis caussa cogatur extendere. Quo significant, intra eum modum saltem & usque ad provocationis caussam procurationem extendi debere. Non est autem provocationi locus, nisi re prius iudicata, id est, sententia lata, a qua appelletur. *L. 1. D. de appella.* Ita vi ipsa hoc dicunt, procuratorem ad agendum datum, procuratione suscepta ut minimum de re agere debere, donec prima illa lis ad exitum iudicii perducatur; quod fit re iudicata. Responsum hoc recte ex significatione rei susceptæ. Recipit procurator se acturum domini nomine. Agere non est litem instituere de re aliqua, sed rem iudicio persequi: unde actio, Ius iudicio quid persequendi. *Inst. de act.* in pr. Hoc autem persequi, est eo usque ius aliquod sequi, donec consequamur, aut certe donec certum fiat, id nos amplius consequi non posse, eoque nec persequi. Persequi enim valet ad extremum usque sequi. Iam vero non prius ita persequimur in prima lite, quam res iudicata sit, & sententia lata, quæ finem imponat controversiæ. *L. 1. D. de re iud.* Quare qui se acturum recipit, idem hoc ipsum recipit, se donec res iudicata sit, acturum. Idem autem susceptam implere debet.

VI. Quæritur amplius, re indicata si procurator ad agendum datus victus sit, an si appellandum ei videbitur appellare ipse debeat. Quæstio in eo est, an & hoc receperit, se appellaturum; postquam hic, ut est in *d. L. invitus*, fidem susceptam implere sufficit. Et placet victum quoque procuratorem 3 appellare debere. Quod & ipsum efficiunt superiora verba *d. L. invitus*, quæ dum vetant procurationem extendi ultra quam provocationis caussa, hoc exprimunt, eam etiam ad procurationem debere extendi; ut si nihil aliud, saltem hæc necessitas imponatur procuratori, ut appellet, sive ut appellationem interponat. Quod de fideiussore victo expressum est in *L. si procuratorem*, 8. §. *igitur. D. mand.* Præter fidem susceptam hoc, dixerit aliquis, eoque non recte constitutum, cum ut dixi, susceptam fidem implere sufficiat. Non enim videtur procurator qui se acturum promisit, si nihil aliud adiiciat, etiam de appellando quidquam recepisse. Immo & hæc appellatio agendi verbo continetur; ex quo est pro suscepta fide hæc appellandi necessitas. Iam enim dixi agere esse rem iudicio persequi: hoc autem persequi nihil aliud esse, quam tandiu sequi, donec agendo consequi possumus, nec prius desinere, quam aut consecuti simus, quod volumus, aut certum sit amplius agi non posse. Atqui victus sententia iudicis procurator nihilominus adhuc de eadem re iure agere potest. Licet enim iure communi a sententia appellare, ut appellatione rescindatur prius pronuntiatum. *L. 1. D. de appel. L. 1.* in fin. *D. ad Turp.* Quapropter & agendi mandato suscepto procurator ipso agendi verbo & se appellaturum, si victus esset, recepisse intelligitur.

VII. Hoc posito, procuratorem victum appellare debere, tertium quæritur, utrum ita debeat, ut satis sit eum interponere appellationem, quam exerceat postea dominus, si velit; an vero etiam interpositam appellationem debeat ipse ad extremum persequi; donec & de ea indicetur. Hic vero interpretes ad eam *L. invitus*, distrahuntur in contrarias sententias, ut se dant in hac quæstione alii atque alii loci, qui in contrarias partes ducere

3) Quod de interpositione inter omnes convenit, etiam iure Canonico *C. pen. ext. h. t.* Vasq. 2. *Contr. usufruq.* 19. *n.* 1. Sed si generaliter datus, seu ad totam litem. Secus si ad unicum actum, veluti ad audiendum sententiam Boer. *Decis.* 285. *n.* 9. Et nisi iusta prior sententia, ut *infra N.* 13.

cere videntur. Placentini 4 vetus sententia fuit, procuratorem victum, ut appellationem interponere debet, ita & a se interpositam ipsam persequi debere: pro qua sententia non dubitavit esse *L.* 2. *D. an per al. cauf. appel. red. poss.* qua & illum motum esse Accursius & Bartolus referunt. Alii contra certatim prope omnes hac sententia repudiata contrariam 5 admiserunt, ut defenderent procuratorem victum appellare quidem debere, quod manifestis locis traditur; sed hactenus, ut appellare tantum necesse habeat, non etiam appellationem persequi, quam nec exercere possit, si velit. Cuius sententiæ rursum putaverunt se certum argumentum habere in *L. si actor*, *C. de appel.* ubi de actore a curatore ordinato ita scriptum est, ut dicatur si victus sit appellare posse: appellationem autem non modo non cogi exercere, sed ne posse quidem; verum curatoris munus futurum, ut ipse exerceat.

VIII. Mihi vero dubium non est, quin recte senserit Placentinus, omninoque ita statui debeat, procuratorem officio ad agendum suscepto, etiamsi nihil amplius receperit, tamen victum appellare debere, & si nihil aliud impediat, appellationem suo sumptu debere persequi, itidem ut debuit primam litem persequi ad extremum propter fidem agendi susceptam. Efficitur hæc eadem illa ratione, qua superiora, & ne res auctoribus egeat, confirmatur sententiis auctorum tam non obscure, ut turpe sit eas infirmare conari. Constat huic sententiæ sua ratio, & ea certa ex definitione agendi superiore. Nam, ut dixi, qui se acturum occepit de re aliqua, vi verbi recepit se tandiu acturum, quandiu de re agi recte potest, ut litem ad extremum persequatur, donec aut consequatur agendo, quod petit, aut re iudicata certum fiat actum amplius agi non posse. Qua ipsa ratione sola effici constat, quæ supra constituimus, de quibus ipsis inter omnes convenit; procuratorem nimirum re in iudicium deducta agere ad extremum debere, donec res iudicetur; insuper & re iudicata appellare debere. Quæ sane non recte iniungerentur procuratori, nisi essent ex fide mandati suscepta, neque essent ex ea fide, nisi agendi verbo quod mandati est, continerentur. Atqui re iudicata de eadem re adhuc agi potest auxilio appellationis, non utique ut interponatur tantum appellatio, sed ut interpositam persequatur procurator, agatque caussam appellationis, donec & de ea iudicetur. Quare qui se alieno nomine acturum promisit, idem & hoc promisit appellaturum se, si res ferat, & caussam appellationis se persecuturum, & quia promisit, fidem in eo susceptam implere cogitur. *d. L. invitus*. Accipe iam certas sententias auctorum in eamdem sententiam consentientes.

IX. Primum licet in hoc numero habere eam ipsam *L. invitus*, *C. de appellat.* Vult rescriptum, procuratorem ad agendum datum procurationem etiam ultra rem iudicatam extendere debere, saltem provocationis caussa. Hoc verbum provocationis generale est, quo continetur tam provocatio interponenda, quam interposita persequenda. Nam & provocatio quam persequimur, vere provocatio est, cum persequendo magis ac magis provocationem confirmemus, eamque promoveamus. Dicamus igitur id, quod in simili verbo *luminum*, de quibus cautum erat, Pomponius respondit; probandum esse verbo generali omnem provocationem significari tam quæ interponenda est, quam quæ interposita persequenda. *L. si servitus*,

4) Et Curt. Iun. *ad L.* 3. *de iurisd. n.* 117. ref. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 2. qui & ipse consentit, & belle confirmat, quia, ait, cum sententia prioris instantiæ appellatione rescindatur, non potest dici per eam lis peracta, & consummata, cum nihil actum intelligatur, quando superest agendum *L. pen. & ultim. ad Senatusconf. Silan.* Et caussa appellationis, quasi pendens, & adnexa ad caussam principalem, ut de ea idem iudicandum sit. Consentit item Bronch. 1. *Misc.* 25. Bus. *ad L.* 62. *h. t. n.* 2. add. A. Fab. *C. Fabr. h. t. defin.* 17.

5) Ita Ang. *ad L.* 17. *C. h. t.* ref. Sichar. *ibid. n.* 6. Achil. de Grassis *Decis. Rot.* 73. nec posse Procuratorem in priori instantia dominum litis effectum, procedere in secunda, & Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 9. Menoch. *Cons.* 719. *n.* 2. (ubi nec executionem recte ab eo peti, nisi & id mandatum statuit, ut & Wurmser. *Tit.* 5. *Obs.* 7. fuse Roderic. Suarez. *in lectura L. post rem iudic.* 56. *de re iud. in declarat. legis Regni §. Quia supra visum est fol.* 571. *& seqq.*. Sed in addit. ad Wurmser. Mynsing. notat in Camera imperiali hoc posse Procuratorem exigere.) Sed horum opinio, etiam iure Canonico falsa. Nam, eo ipso, quod Pontifex, in *C. pen. extr. h. t. in fin.* non teneri prosequi invitum scribit, posse sponte id facere, innuit. Unde alii communiter, exercitionem appellationis invito non iniungi, ast nec volenti negari, statuunt teste Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 19. *n.* 2. Quorum sententia, iure Canonico probata *d. C. pen.* ast iure civili falsa, ut hic noster, etsi præter relatos a Vasq. *d. loc.* dissentiant Wesenb. *in Par. h. t. n.* 11. Sich *in L.* 17. *C. h. t. n.* 6. quia, ait, cum caussa illa, quoad appellationem integra sit, posse Procuratorem, officio renunciare. (Sed nec hoc noster infitetur, ut *infra N.* 13. Nec tamen inde simpliciter DD. opinio probatur) Boer. *Decis.* 285. *n.* 9 *& seq.* Gail. 1. *Obs* 139. *n.* 11. Gilan. *ad L.* 17. *C. h. t.* Hering. *de Fideiuss. C.* 20. *§.* 20. *n.* 3. Excipiunt appellationem ab interlocutoria, quæ illa, ex iisdem actis prioribus, iustificanda, Gail. *d. n.* 11. & quia non functus officio Procurator, priusquam lata definitiva, Sichar. *d. loc. n.* 7. Sed nisi, aiunt, caussa appellationis tractanda, in loco valde dissito, Bover. *Singul.* 26. *n.* 33. Boer. *Decis.* 285. *n.* 10. *& seq.* Excipiunt item Procuratorem generaliter datum, ad omnes caussas, Sichar. *d. loc. n.* 8. Gail. *d. n.* 11. Boer. *d. n.* 11. Aut nisi mandato, inserta clausula, de interponenda & prosequenda appellatione. Ubi tamen adhuc cautius facere Procuratores, qui se denuo constitui curant, scribit Ayrer. *Process. P.* 2. *C.* 3. *Obser.* 1.

vitut, *D. de servit. urban. praed.* Sed quoniam haec verba, provocationis caussa, etsi generalia, tamen ambigua fuut, possuntque disputando tanquam ex mente auctorum ad priorem tantum speciem coutorqueri, sit sane hoc argumentum levius. At diserte haec senteutia expressa est in *L. 2. D. an per ali. cauf. appel. red. poss.* cuius etiam loci testimonio usum fuisse Placentinum iam ante dixi. Sic autem verba sunt: *Si procurator absentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipse respondere debet.* Sententia est, si procurator victus appellaverit, ut pro officio appellare debet, quanvis rationes reddiderit appellationis suae, nondum tamen functus est officio suo, sed nihilominus ipse [6] respondere debet, id est, caussam appellationis agere, si vult satisfacere fidei & obligationi susceptae. Quo quid dici potuit apertius? Et fatentur omnes hanc esse sententiam, sed Bartolus cum Accursio locum eludere conatur, & ait scriptum hoc esse a Macro de procuratore omnium bonorum, vel quod in lite idem valet, de procuratore generaliter ad omnes lites dato, vel de procuratore nominatim dato & ad primam litem, & ad caussam appellationis. Sed verba repugnaut: ait enim simpliciter Macer, *si procurator appellaverit.* Procuratoris verbo non significatur tantum procurator ad omnes res aut lites, vel plures nomiuatim datus, sed etiam [7] simpliciter datus ad ageudum de re una aliqua. Nam & ad unam rem datus nihilominus procurator sit. *L. 1. D. de proc.* Repugnat vero multo magis sententia auctoris, quo minus responsum de superioribus procuratoribus possit. Nam plus quam stultum est dubitare, an procurator nominatim ad omnes lites, aut nominatim etiam ad caussam appellationis datus, debeat appellationis caussam agere, cum ea caussa sit pars administrationis aperte ei commissae & ab eo susceptae. Ita & de ea re non possit esse Macri, uisi stultum responsum: quales dubitationes & qualia responsa in iurisconsulto admitti non oportet, adversaute & irridente Celso in *L. Domitius, D. qui testa. face. poss.* Restat igitur, ut potius contra definitio Macri accipienda sit, uti & verba sunt, de procuratore solum simpliciter ad agendum dato: de quo ideo iusta dubitatio est, an appellatiouis caussam agere debeat, quia is est, qui de appellando, aut persequeuda appellatione nihil aperte recepit.

X. Hoc idem probat non minus certe *L. si procuratorem*, 8. *§. igitur*, *D. mand.* Illic scribit Ulpiauus, si fideiussor nomine debitoris conventus damuatus sit, si quidem scierit, incumbere ei necessitatem provocandi, nisi tamen, inquit, paupertas ei non permisit appellare, tum enim excusata est eius inopia. Loquitur ergo Ulpianus de appellatione a fideiussore non interponenda solum, sed & persequenda. Non enim potest impedire paupertas fideiussoris, quominus appellet, si nullus sumptus iu appellatione ei faciendus est. Nam quae res sumptum nou desiderant, sed verbo aut opera sola transigi possunt, eae non minus recte ab homine paupere expediri possunt, dum intelligente & industrio, quam ab homine quovis divite, aut etiam ditissimo. Atqui in appellatione iuterponenda nullo sumptu opus est. Appellari enim potest etiam uno verbo, ut quis dicat appello. *L. litigatoris, C. de appellat.* Si quis hic sumptus faciendus est, is faciendus est in appellatione persequenda, nou interponenda. Quare cum appellatione a fideiussore consulto omissa, velit Ulpianus solam hic inopiam fideiussoris excusatam esse, & hanc propter sumptum, qui iu appellatione faciendus sit, quem sumptum paupertas uou permittat; necesse est intelligi, quod dixi, seutire Ulpianum de appellatioue a fideiussore peragenda, non autem solum interponenda; atque hoc dicere, fideiussori condemnato incumbere necessitatem provocandi, non ut interponat solum verbo uno provocationem, sed ut hanc iuterpositam persequatur, nisi paupertas ei obstet, quominus iu persequenda sumptum necessarium facere possit. Id si in fideiussore recipitur, qui tacitum tautum mandatum de re defendenda a reo, pro quo fideiussit, accepit: multo magis recipiendum est in procuratore, cui actio & lis exercenda aperte mandata est. Neque ideo exemplum uon congruere quis existimet, quod superius de fideiussore, eodemque defensore scriptum est, nos de procuratore ad agendum dato loquimur. Eadem hic utriusque ratio est & defensoris, & procuratoris ad agendum dati. Ut euim procurator cui res defendenda commissa est, hoc suscipere intelligitur, ut dominum defendat, quamdiu defendi in lite mandata

6) Quin imo, nec dominus ipse, aliter respondere potest, quam Procuratore cessante a L 2. Quod & aegre receptum apparet, quia durum videbatur, non posse dominum, hoc casu, litem suam peragere.

7) Adde, quod usu iuris Procurator, sine adiecto, passim denotat specialem. Verba autem in potiori significatu, eoque, quo crebrius usurpantur, accipienda.

data potest, ex quo est superior illa provocandi & provocationis a fideiussore persequendæ necessitas: ita non minus procurator ad agendum datus hoc suscipit, ut agat de re mandata, quamdiu de ea agi potest, ut ante satis ostendimus. Quo utroque recepto, prima actio, & caussa appellationis pariter recipi intelligitur: proinde & horum utrumque pro fide suscepta a procuratore tam ad agendum, quam ad defendendum dato pariter impleri oportere. Et agnovit quidem Bartolus in fideiussore, de quo Ulpianus loquitur, eam sententiam illius esse, quam supra dixi: huic, inquam, incumbere necessitatem appellationis non solum interponendæ, sed etiam cum sumptu persequendæ, nisi paupertas ei non permittat ita appellare. Sed negat exemplum recte trahi ad procuratorem, sive is ad defendendum datus sit, sive ad agendum: hac ratione, quod dicat procuratorem solum alieno nomine agere, fideiussorem autem nomine debitoris conventum non agere solum illius caussam, sed etiam suam; quippe qui & ipse obligetur: & quia de re quoque eius agatur, ideo & ipsum ut in re sua non solum appellare, sed & appellationem persequi posse & debere. In quo ab illo valde oscitanter erratum est. Non enim quæritur, an fideiussor possit in ea caussa appellare, & agere caussam appellationis, quod sane unumquemque facilius in caussa sua facere constat, quam in aliena. Sed quæritur, an cogatur fideiussor debitoris caussa conventus ea facere. Nos cogi eum fatemur. Valde errat, si quis ideo cogi putat, quia de re eius agitur: cum potius hac ratione dicendum fuerit non cogi fideiussorem, non dico persequi appellationem, sed ne appellare quidem. Omnino res ita habet, ut si qua hic illius officii necessitas est in fideiussore; ex eo fit dumtaxat, quod de re debitoris agitur. In re sua licet unicuique victo appellare, licet & pro arbitrio impune omittere appellationem. Bene enim & eleganter Constantinus, *suæ quisque rei moderator atque arbiter, negotia sua proprio arbitrio gerit. Aliena vero exacto officio geruntur, nec quidquam in eorum administratione neglectum culpa vacuum est.* L. in re. *C. mand.* Quæ cum ita sint, & eam certitudinem ostendant, quam dixi, non debuerunt interpretes tam certam sententiam mutare: præsertim cum satis intelligere possint superiores locos, nisi ineptis & frivolis cavillationibus eludi non posse. Nam de ratione verbi, quam supra dixi, facile illis ignosco, quando de ea ne per somnium quidem cogitarunt: ad quam tamen ut in quæstione de fide suscepta, potissimum cogitationem referri oportebat.

XI. Sed moventur *L. si actor, C. de appellat.* ubi suam sententiam expressam putant. Vult enim rescriptum, actorem a curatore ordinatum, si victus sit, appellare quidem posse: appellationem exercere adeo non cogi, ut ne possit quidem, sed ea res curatori committatur. Male vero hoc loco moventur, ut a superiore sententia discedant. Agitur enim illic de actore qui a curatore ordinatus est ad litem, qui idem, ut rescriptum loquitur, deteriorem calculum in ea lite reportavit, idest, victus est: nos de procuratore agimus. Inter procuratorem & actorem a tutore vel curatore datum plurimum interest, sive initium constitutionis spectemus, sive constitutionis effectum, seu utriusque constituti potestatem. Ab initio sic utriusque constitutio est. Procuratorem dat dominus litis: actorem tutor aut curator, qui domini non sunt. Procuratorem constituit dominus, cum ei videtur, pro arbitrio; utpote in re sua, cuius ipse moderator est, & arbiter: eoque & tantum in eum confert, quantum videtur. Tutor aut curator actorem constituere non possunt, ut volunt, sed ita, si iusta caussa sit, cur in actorem istum exoneretur pars administrationis, & ea caussa magistratui probetur: cuius decreto propterea hic actor constituitur periculo tutoris, curatorisve. *L. decreto, D. de administ. tut.* De quo plura diximus suo loco, titulo, *Ubi mandato opus sit ei, qui alieno nomine agit.* Hinc potestas constituti utriusque & procuratoris & actoris longe dissimilis. Dominus quia plenam rei potestatem habet, actionem alicui mandando, tantum intelligitur mandare, quantum agendi, idest, mandatæ rei, verbo continetur. Potest enim mandare: & quod potest, etiam eum mandare velle verba mandati ostendunt. Ac procurator id suscipiens tantumdem scilicet recipere intelligitur. Continetur autem agendi verbo, ut agat procurator, quandiu de re iure agi potest. In quo inest etiam post rem primo iudicio iudicatam auxilium appellationis, eiusque appellationis persecutio. Non eadem persona est tutoris curatorisve actorem constituentium. Hi ut domini non sunt, ita nec alia lege his conceditur actorem constituere, [8] quam ut

[8]) Ita & Bronch. 1. *Ass. Misc.* 25. A diversis itaque male infertur Vasq. 2. *Contr. usufruct.* 19. *n.* 5.

ut quam minimum de eorum administratione decedat, ne quod eorum curæ & fidei commissum est, per alios gestum corrumpatur. Neque aliud sentit magistratus, cum his actorem constituere non nisi ex iusta caussa eorum cessationem excusante permittit. Hinc placet actore constituto videri ei tantum primam litem committi, secundam caussam appellationis curatoris iudicio & administrationi reservari. Non quia non actori isti quoque generali verbo mandetur actio, sicut & procuratori: sed quia non patitur utilitas pupillorum aut adolescentium, ut plus mandatum intelligatur nisi nominatim & de eo cautum sit: quo scilicet quam maxime fieri potest, minorum actio & commodum in fide atque administratione tutoris curatorisve retineatur. Id adeo ex *d. L. si actor*, non difficile potest intelligi. Convenit enim inter omnes, procuratorem victum ut minimum cogi saltem interponere appellationem *L. invitus, C. de procurator.* nempe quia & hoc ex fide suscepta, ut appellet. Nam præterquam quod suscepit, præstare nihil cogitur, *d. L. invitus*. At actor iste a curatore ordinatus appellare non cogitur, ut intelligamus ne hoc quidem illi commissum esse, aut ab eo susceptum. Declarant verba *d. L. si actor*, sic enim verba sunt, victo isto, actore victo, dicatur tam ipse, quam curator posse ad provocationis auxilium permitti. His verbis actor appellare potest, significatur enim appellare posse, si velit; si nolit, non cogi, ut declaratur in *L. sæpe, L. generaliter, seq. D. de offic. præsid.* Non dubitabimus igitur manere in ea sententia, ut constituamus, procuratorem ad agendum datum non solum agere debere, donec res primo iudicetur: sed etiam re iudicata si victus sit, debere appellare, nec minus interpositam appellationem persequi, donec & de ea iudicetur: omnia hæc ideo, quia ex fide suscepta: susceptam autem intelligi ex verbo agendi, cuius ea vis sit, ut eo verbo hæc omnia contineantur. Moveri nos in contrariam sententiam nullo modo debere exemplo actoris a curatore ordinati: quia huius tanta dissimilitudo sit a procuratore, quantam ostendi, quæ certe efficiat, ut in hac potestate non possint in eadem caussa haberi.

XII. Hæc de procuratore victo dicta sunt. Quid, si is vicerit, reo scilicet unde petebatur, condemnato? an huius quoque appellationis iudicium suscipere debebit pro officio suscepti mandati, & hic eius iudicii exitum exspectare? Dicemus eum hoc quoque pro fide suscepta præstare debere. Nam si victus ultro appellare debet, atque ita ultro agere; multo magis victor appellatione adversus sententiam interposita priorem actionem suam tueri debebit, & in actione suscepta hactenus perseverare. Minus est enim tueri quod quæsieris, quam persequi quod non habeas. Hæc sententia expressa est in defensore, seu malumus in procuratore ad agendum dato in *L. qui proprio, §. item quæritur, D. de procurat.* Scribit enim Caius, si iudicium acceperit defensor, & actor in integrum restitutus sit (intellige, sententia prius adversus eum lata pro defensore) placere cogendum esse defensorem iudicium restitutorium accipere. Cogendum sic accipe, si velit obligationi mandati, & fidei susceptæ satisfacere. Si restitutionis iudicium suscipere debet, debet & iudicium interpositæ ab adversario provocationis. Nam in integrum restitutio, & provocatio remedia duo sunt, quibus pariter suspenditur, & infirmatur prior sententia: quam ob caussam & in hac re ut eisdem rei remedia sæpe hæc inter se comparantur. ut *L. præses, D. de minor. L. si caussa, C. de transact.* Negat tamen 9 Bartolus ad *d. L. invitus*. defensorem provocationis ab adversario interpositæ iudicium suscipere debere: & ut locum supra a me in hanc sententiam citatum effugiat, negat eamdem caussam esse provocationis, quæ in integrum restitutionis: & hanc rationem affert scilicet, quod in integrum restitutione eadem lis & caussa versetur, unde & apud eumdem iudicem, qui priorem sententiam tulit, in integrum restitutio postulari potest: *d. L. præses, de min.* in provocatione autem alia lis sit, quam in iudicio priore. Quod quam falsum sit, quis non videt? qua enim de re agitur in appellatione, nisi de caussa priore, de qua quæritur, an recte iudicatum sit, nec ne? *L. eos. C. de app.* Sit igitur hæc summa, ei qui actionem de re aliqua alieno nomine suscepit, suscipi omnem litem, qua de eadem

9) Et Boer. *Decis.* 285. n. 11. Gifan. *in d. L.* 46. §. 3. n. 15 quis, ait, restitutio plane cohæret priori iudicio, & fere eadem, appellationis vero iudicium distinctum. Ast imo appellationis iudicium, non ita distinctum, sed instantiæ modo diversæ, una caussa, eadem actio. Restitutorium autem vere novum est, etsi in locum prioris quasi subrogatum, ut A. Fab. *in d.* §. 3. & actio diversa. Aliter Elb. Leonin. 1. *Emend.* 15. *n.* 3. & 4. qui *d.* §. 3. accipit de defensore, in iudicio restitutionis rescindente, an cogatur suscipere rescissoriam, ac ibidem legit, magis placet cogendum, *procuratorem* hac vocula adiecta, testans ita in Codicibus aliis, quam Florentinis legi.

dem re agi poteſt. Proinde & primum iudicium totum, & ſimul cauſſam appellationis. Et hanc quidem ita, non ſolum ut appellet victus, ſed etiam ut victor excipiat appellationem ab adverſario interpoſitam, & victoriam priore ſententia partam adverſus hanc tueatur.

XIII. Atque hæc obligatio eſt mandati, qua tenetur procurator ad agendum datus, cum agitur de actione ab eo ſuſcepta, quæriturque quid pro fide ſuſcepta in eo præſtare debeat. Sed hactenus hæc obligatio, ut ſuas quaſdam habeat exceptiones, quibus efficitur, ut iuſtis de cauſſis poſſit hic procurator actionem quam ſuſcepit defugere: alias ut iudicium ipſum poſſit non ingredi iam ab Initio: alias ut iudicio ſuſcepto & re iudicata poſſit omittere appellationem; alias ut poſſit iudicium ſuſceptum necdum finitum impune deſerere. Iudicium omne iam ab initio vitare poteſt, si tempeſtive renuntiet domino mandatum: quod fit nondum iudicio ſuſcepto, & cum dominus æque nunc per ſe aut per alium agere poteſt, atque antea potuit: quæ [10] lex eſt mandati communis: proinde & in mandato delatæ actionis ſimiliter obſervanda. *L. ſi mandavero*, *§. ult. D. mand.* Poteſt & re iudicata omittere appellationem tribus de cauſſis. Una eſt, si paupertas ei non permittat ſumptum facere in appellatione perſequenda. Altera, si teſtato conveniat dominum, ut si ipſe putet, appellet: quæ duæ cauſſæ comprehenſæ ſunt ab Ulpiano in *L. ſi procuratorem*, 8. *§. igitur*, *D. mand.* Tertia, si inter agendum deprehenderit dominum malam cauſſam habere, & recte [11] adverſus eum iudicatum. Licet enim procuratori in tota ea actione agnoſcere bonam fidem, ac propterea re iudicata & æquitate ſententiæ cognita acquieſcere iudicatis. Hoc in perſona tutoris ſcriptum eſt in *L. quoties*, 9. *§. ſicut*, *D. de adm. tut.* quod & ipſum ad procuratorem pertinet. *L. ſi fideiuſſor*, *§. quædam*, *D. mand.* Sed & ſuſceptum iam iudicium, & necdum finitum poteſt procurator deſerere, cum hoc impetraverit, ut mutetur: impetrat autem non prout ipſi viſum erit, ſed ex cauſſa. *L. mutari*, 24. *D. de proc.* Iuſtæ cauſſæ ſunt, quæ ſunt comprehenſæ in *L. poſt litem*, & ſeqq. aliquot *D. de proc.* eædem ſcilicet, propter quas maxime & dominus poteſt mutare procuratorem, quæ ex ſequenti capite petendæ ſunt. Sed quid hic cauſſa alia opus eſt procuratori ad deferendum iudicium, dum tempeſtive renuntiet domino mandatum, & cum ille non minus per ſe aut per alium idoneum agere poteſt, ut eſt lex omnis mandati? *d. L. ſi mandavero*, *§. ult. mand.* Hoc ideo, quod iudicio cœpto a procuratore per litis conteſtationem, deſiit illi res eſſe ad renuntiandum mandatum integra. Primum quod lite conteſtata dominus litis factus eſt. *L. procuratoribus*, *C. de proc.* Nemo autem dominus alicuius rei ſola voluntate dominus eſſe desinit. *L. ſi quis vi*, *§. D. de acquir. poſſ.* Deinde quod procuratore domino litis effecto, ſimul desiit & prior dominus ſummo Iure eſſe dominus eius litis: unde nec de ea poteſt ſtatuere, ſed ſolus procurator. *d. L. procuratoribus C. de proc.* Contra ius igitur poſtulat procurator ita ſe mutari, ut litem ſuam in eum qui ſummo iure dominus non eſt, exoneret. Quarum rerum dum ratio habetur, etiam placuit nec procuratorem [12] poſt litem conteſtatam poſſe sine cauſſa iudicium a ſe excutientem id transferre in dominum, cuius de re agitur. Sed ex cauſſa placuit poſſe: itaque edicto prætoris cautum eſt: dum hactenus ſummi iuris rigor æquitatis ratione temperatur. Re vera enim de re prioris domini ſemper agitur, non procuratoris: eoque & is vere dominus eſt, qui prius fuerat, non procurator. Sed cum inducta ſit hæc exceptio edicto præter communem legem mandati; recte dixerimus ſuperiores exceptiones communes eſſe cum reliquis mandatis omnibus: hanc propriam mandati de lite aliena ſuſcepti.

XIV. Hæc de priore parte officii eius, quod ſuſcipit procurator ad agendum datus. Altera pars erat, ut propoſuimus, defenſio, qua hoc continetur, ut si agere volet, & forte mutua petitione ex perſona domini conveniatur, dominum defendere debeat. *L. ſervum*, *§. ult. de proc.*

De

10) Vid. *ſupra Lib.* 16. *C.* 23. *N.* 13. & de exoneratione Procuratoris, Gail. 1. *Obſ.* 46. ubi tradit *n.* 3. hodie, nec ante litem conteſtatam rem integram, aut renunciationem liberam eſſe, per *Clem.* 1. verbo *cogi ext. h. t.* & quia mandatis inſeri ſolet ſatiſdatio domini.

11) Et arg. *L.* 31. *§.* 2. *de neg. geſt.* Sich. *ad L.* 17. *C. h. t. n.* 4. Boer. *Deciſ.* 285. *n.* 9. Iuſta autem ſententia in dubio præſumitur *C. in præſentia* 6. *extr. de renunc.* aſt contrarium probari poteſt, ideoque tutius eſſe, ut ſemper appellet, ſcribit Sichar. *d. loc.*

12) Et hic item cauſſæ cognitio neceſſaria, uti & in revocatione domini. Nec ſimplici renunciatione, voce, vel ſcripto facta exoneratio hæc expediri poteſt, niſi dominus acceptaverit, itemque adverſarius conſenſerit, per ea quæ *infra C. ſeq. N.* 7. Sed prævia citatione domini & partis ſummarie cognoſcitur, & in contumaciam non comparentis, Procurator exoneratur, ut Gail. 1. *Obſ.* 46.

De hac defensione non idem quærimus, quod supra, sed converso modo. Prius enim non quæsivimus, an procurator ad agendum datus suscepto mandato agere deberet. Constabat enim debere iudicio mandati; quandoquidem id ipsum mandatum est, ut ageret, quod & mandatum ipse suscepit. Itaque hoc posito, cœpimus quærere, quid in hac actione præstare deberet, & quo usque agendo progredi. Nunc in hac defensione convertimus ordinem. Non enim quærimus, si procurator ad agendum datus & mutuo conventus defensionem suscipiat, cui obligetur, & quid hic debeat præstare: est enim iam prope magna ex parte supra expositum: & ut non esset, tamen pertinet ad sequentem locum, in quo quæritur de defensore. Sed illud quæritur, an qui ad agendum simpliciter datus est, hanc ipsam defensionem, si adversarius agat, suscipere cogatur. Quæstio & ipsa anceps, in qua non minus quam in superiore, sententiæ variant. Nascitur autem dubitatio ex contrariis ut videntur, legibus. Dixeris enim cogi eum defensionem istam suscipere ex edicto, quo ita cautum est, ut qui alterius nomine aget, is eum boni viri arbitratu defendat. *d. L. servum*, *§. ult. de proc.* Rursum dixeris non cogi ex *L. invitus*, *C. de proc.* ubi & contextus, & in primis ratio addita hanc sententiam non solum efficere, sed etiam exprimere videatur. Itaque ut in re dubia solet, sunt qui putent cogi, sunt qui negent.

XV. Ego ita statuo, procuratorem ad agendum datum, qui de mutua defensione domini subeunda nihil aperte recepit, solum nomine domini agere cogi ita, ut supra faciendum esse diximus; si autem mutua actione ab adversario conveniatur, defensionem domini in hac lite suscipere [13] non cogendum: & si forte propter recusatam defensionem denegetur ei actio ex edicto, posse eum salva fide mandati utrumque facere, ut & defensionem recte defugiat, quam non recepit, & renuntiet susceptam actionem, quam non recepit ea conditione, ut eum defensione alterius litis coniungeret. Non dubium, quin hæc sententia sit *d. L. invitus*, sive contextus spectetur, sive ipsa per se rescripti ratio. A contextu sic verba sunt; ***Invitus procurationem suscipere nemo cogitur***. Procurationem intelligit ad agendum; quod omnes agnoscunt: subiicit enim postea separatim de defensione, idest de procuratione ad defendendum subeunda, ut sit sensus, neminem datum procuratorem ad agendum cogi invitum eam procurationem suscipere. Addit rescriptum continenter; ***sed nec eamdem*** (intellige susceptam) ***ultra quam provocationis caussa extendere***. Ubi apparet continuari eumdem sermonem, & hoc dici, eumdem illum quem prius dixerat non cogi invitum suscipere procurationem, nec cogi hanc ipsam susceptam extendere ultra provocationis caussam. Subiicit eodem contextu: ***sed nec defensionem absentis subire compellitur***. Quis ergo non compellitur? Et cum desit hic persona quæ appelletur, perspicuum est contextum unum esse totius orationis, & partem hanc quoque ad sermonem prius institutum & ad easdem personas referri. Institutus autem erat sermo de procuratore ad agendum dato, quem eum prius dixisset non cogi provocationem extendere ultra provocationem, optima serie subiungit, non modo non cogi eum id facere, sed nec defensionem absentis subire compelli. Quod si de nova persona sentiret alia a procuratore actoris, exprimere eam oportebat, & ita scribere, sed nec defensionem absentis subire quisquam compellitur: hoc enim verbo, quisquam, addito intelligeremus duas sententias generales rescripto exprimi: unam de procuratore actoris in hæc verba: ***Invi-***

13) Recte & consentit Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 23. *n.* 1. Wes. *in Par. h. t. n.* 12. vers. *sed & qui ab actione*. Actus enim agentium, non debent operari ultra eorum intentionem. Nec qui ad agendum instructus, idem ad defendendum; cum difficilior sit defensio, quam actio, quæ non est in potestate rei *L.* 3. *§. ult. de doli exc.* Neque igitur, qui domino agere promisit, eiusdem defensionem, eo ipso in se recepit. Quid enim si putavit eum, reo vicissim obstrictum non esse. Tota sane obligatio Procuratoris ad defendendum ex iure est potius, quam ex mandato: nam & coniunctus, qui mandatum se non habere fatetur, defendere debet. Neque ita cautum, domini mandantis caussa, sed rei reconvenientis, ne alias durior eius sit conditio, ut *supra C.* 13. *N.* 1. Reo itaque obligatur Procurator caussative, nisi & ab actione recedere velit, si nondum satisdedit. Postquam autem satisdedit aliquanto arctius, ut *supra C.* 13. *N.* 17. Domino vero, ad hoc non obligatus est. (Dissent. hæsitanter tamen Azo. *Summa C. h. t. n.* 22.) Nam & dum defendit, non Procuratorio, sed defensorio nomine, auditur, ut Gl. & Bart. *ad L.* 43. *§.* 4. *h. t.* Et alia caussa est huius defensoris, quam eius, qui ad litem suscipiendam datus, vid. *supra d. C.* 13. *n.* 18. *N.* 18. Facit *C. accedens* 10. *in fi. exer. h. t.* Unde nec desunt, qui adversario excipiente de defensionis allegatione, mandato non inserta, non nisi præstita cautione rati, admitti censent Zang. *in Prælect. ad d. Cap.* 10. *in fi.* Quod tamen intellige, in casibus, quibus cautio rati exigitur a defensore rei, quem mandatum habere non constat, ut *supra C.* 13. *n.* 40. 41. *N.* 36. Quanquam alii datum ad agendum, etiam eum taxative, datum quoque ad defendendum videri, quia alias non valeat procuratorium, Decian *Vol.* 3. *Resp.* 68. *n.* 15. P. Wesenb. *Cons.* 29. *n.* 4. & quos refert Vasq. 2. *Contr. usu freq* 23. *n.* 1. refellitque, quia ita nulla vis taxativæ. Neque sic inane mandatum. Quid enim, si reo nulla sit mutua actio. Quid si non eam opposuerit, nec Procuratorem ab agendo repulerit. Iudicium utique consistet, nec gesta, ceu a Procuratore falso, invalida erunt.

Invitus procurationem suscipere nemo cogitur: alternm de procuratore ad defendendum dato his verbis: sed nec defensionem absentis subire quisquam compellitur. Nunc cum nnllum novum subiectum additum sit verbo, *compellitnr*, non potest omnino verbum per se positum ad aliam personam referri, quam quæ initio posita est, & quem in reliquo quoque contextu servatam esse apparet. Id etiam verba rationis subiectæ evidentius declarant. *Nec defensionem absentis*, ait rescriptum, *subire compellitur, cnm fidem susceptam implere sufficiat*. Quis est, de quo recte dici possit, sufficere eum implere susceptam fidem? Opinor, is solus, qui aliquid susceperit faciendum, qui cum id impleat, tamen ab eo aliqnid amplius exigatur; respondeatur autem de eo, sufficere si impleat susceptam fidem, ut, sic efficiatur nihil præterea ab eo exigendum. Hoc vero dici non potest de eo cui ab initio defensio sola defertur, quam ille non suscipit, qui idem nihil implet ex suscepta fide, cum omnino nihil snsceperit. Solum potest cadere in procuratorem actoris, qui mandatum agendi susceperit, & id impleat aut agendo aut tempestive renuntiando: cum autem amplius exigeretur defensio ab eo, respondeatur [14] non compelli eum eam defensionem subire, quam ab initio non recepit: cum fidem susceptam implere sufficiat. Ne sententia ratione egeat, sumamus hanc ipsam rationem rescripti, ex qua non minus certe hoc idem efficiatur. Ergo hinc recte colligamus hoc modo. Sufficit procnratorem implere susceptam fidem, nec præterquam quod suscepit, quidquam præstare compellitur. At procurator qui se alieno nomine acturum recepit, actionem alienam in se suscepit dumtaxat: de defensione domini nihil recepit. Sunt enim res longe diversæ actio domini, & alio agente huius ipsius domini defensio. Quare qui actionem solum recepit, sufficit si hanc impleat: defensionem subire, quam non suscepit, non cogitur.

XVI. Huic sententiæ opponitur edictum, quo, ut dixi, cavetur, ut qui alieno nomine agit, is dominum, si mutuo conveniatur, defendat. *d. L. servum*, *§. ultim. D. de procurat. L. actionem, C. eod.* Sed nihil hic adversatur edictum. Iubetur enim procurator dominum defendere, sed hac conditione, si agat, ut est in *d. L. actionem*. Si actionem alterius nomine postnlet, ut est in edicto *d. L. servum, §. nltim.* Itaque ne agat procurator. Idem etiam ipso edicto auctore defendere non cogetur. Unde & ex edicto non defendentis procuratoris non alia pœna esse dicitur, quam ut denegetur ei actio. *d. L. actionem, L. mutus, §. pœna, D. eod.* Sed hic nobis occurritur, eaque obiectio est, quæ tam multos adversus superiorem sententiam tenuit, alioqui ei sententiæ facile assensuros. Etenim superius recte responderi potest de eo procuratore, cui liberum est non agere. At nos de eo agimus, qui mandatum alieno nomine agendi suscepit. Quo suscepto contrahitur obligatio mandati, qua fit, ut procurator pro fide suscepta agere cogatur. Hac vero obligatione posita, revolvimur omnino in necessitatem edicti, ut quoniam hic procurator agere debet pro officio mandati, etiam agens dominum defendere debeat; ex edicto primum, tnm deinde iure mandati per consequentiam, cum actio expediri non possit sine defensione iure adiuncta. Ego autem his qui propter hanc obiectionem a superiore sententia secessionem fecerunt, hunc scrupulum facile eximo. Nego enim, qui promisit se alieno nomine acturum, ita mandati obligari, ut omnino cogatur agere. Immo ita obligatnr, ut vel agat, vel si nolit, tempestive mandatum domino renuntiet. Etiam hoc posterius qui fecit, satisfecit obligationi mandati. *L. si mandavero, §. ult. D. mand.* Id procurator rebus integris & iudicio nondum suscepto facere potest etiam sine caussa, tantum ideo quia placet mandatum non obire. Multo magis caussa iusta aliqua interveniente id facere poterit, qualis hæc nunc est, si cum instituerit domini nomine actionem, reus mutuo agat, & dominum a procuratore defendi postulet. Recte enim ita dicet domino: Receperam me tuo nomine de illa re acturum, quod & facere mea sponte paratus eram, atque adeo iam facere institueram actione mota. Sed ego convenior ab adversario tuo, qui & defensionem tui in ea lite a me postulat. Eam ego defensionem nolo suscipere: & quia hac non suscepta non licet mihi tuo nomine agere, en mandatum tuum agendi tibi renuntio: tu dispice, quomodo in ea re ius tuum persequare. Honesta hæc & iure cognita excusatio est, sine qua etiam ultro potuit renuntiari mandatum. Hac vero renuntia-

14) Recte, tametsi A. Fab. *ad L. 33. §. pen. h. t.* accipiat *d. L. 17.* de Procuratore, qui iudicio priori finito, conveniatur mutuo. Secus esse, si eodem tempore, quo agit, reconveniatur. Confer. Azo *Summa C. h. t. n. 20. & seq.*

tiatione utrumque consequetur procurator, ut & solvatur necessitate agendi, neque id contra obligationem mandati; & actione iure omissa desugiat domini defensionem etiam ex edicto. Quo intellecto, si quis obiiciat, quod vulgo solet, nihil negotii erit obiectum diluere.

XVII. Obiectio hæc est, quæ ut dixi, etiam consultissimos irretitos habuit. Qui aliquid promittit aut constituit alteri, simul omnia constituere videtur, sine quibus prius concessum expediri non potest: constans sententia, quæ his locis varie comprobatur. *L. 2. D. de iurisdict. L. ad rem. L. ad legatum, D. de procur. L. 1. §. 1. D. si ususfruct. pet. L. 3. §. ult: D. de servit. rustic. præd.* Atqui procurator, qui se alieno nomine acturum recepit, non potest hoc promissum expedire, nisi agat, & agendo etiam dominum in eodem iudicio defendat, ut est necessitas edicti. Ergo actione suscepta, etiam dominum defendere cogitur, non tantum ex edicto, sed etiam iure mandati, quasi & hoc per consequentiam receperit. Respondebimus, assumptionem falsam esse: quoniam qui promisit se alieno nomine acturum, is promissum aliter expedire potest & quidem impune, quam agendo, & defensionem domini suscipiendo. Potest enim, ut dixi, mandatum agendi domino renuntiare etiam sine caussa, dummodo tempestive: multo magis, si caussa hæc inciderit, ut imponeretur illi defensio, quam nolit in se admittere. Sed & de propositione responderi recte potest, neque hanc perpetuam esse, neque ad eam speciem de qua agimus, pertinere. Nam quod dicitur, cum quid concessum constitutumve est, ea quoque omnia concessa videri, sine quibus prius concessum expediri non potest, recte solum dicitur de re principali concessa, ad quam sine accessionibus naturæ rei coniunctis perveniri non potest: sic enim fit naturæ rerum convenienter, ut res principalis accessiones necessarias ad se trahat. In duabus rebus principalibus natura sua nihil commune habentibus locum non habet. De quibus contra ita placuit, si quis ex his cum haberet utramque, unam concedat, videri sic concessisse, ut alteram salvam & integram haberet. Quod si propter eam quæ concessa est, non possit alteram casu aliquo salvam habere, intelligi neutram concessisse: quod duobus locis traditum a Pomponio, & appositis exemplis declaratum legimus in *L. si domus, D. de ser. urb. præd. L. si mihi eodem, D. de ser. rust. prædior.* At hoc in proposito accidit. Res enim duæ principales sunt natura rerum nulla societate inter se coniunctæ, actio alicuius nomine suscepta, & huius ipsius in alia caussa defensio. Principales ambæ; quia duorum dominorum actiones distinctæ & propriæ in his versantur, quarum una nullo modo alteri accedit. Non coniunctæ inter se, non solum quia hæ actiones nihil inter se commune habent, sed etiam, quia potest procurator nomine domini agere, ut in id iudicium nulla defensio domini incidat. Quid enim, si reo nihil debeatur, ut nihil sit, quod vicissim petat? quid si debeatur, sed petitionem omittat? Adversus eum, qui nihil petat, nulla esse potest procuratoris defensio. Quapropter recte dicemus, eum qui operam suam addixit alicui ad eius nomine agendum, videri operam ad eum in alia caussa, defendendam salvam sibi habere velle: quod si non possit eam salvam habere agendo, videri nec agendi operam concessisse, ut quod salvum habere voluit, retineat. Quod si verum est, sequitur, ut procurator ne actionem quidem videatur recepisse, neque ad eam suscipiendam mandati iudicio obligetur, quo casu agere volenti imponetur ei defensio ab adversario.

XVIII. Ac de procuratore ad agendum dato satis. Defensoris diversa caussa est mandato defendendi suscepto: nam is duobus obligari solet: domino mandanti semper; adversario interdum. Prout autem huic aut illi obligatur, ita variæ sunt in eo eius obligationes.

XIX. Et si quæritur de ea obligatione, qua obligatur defensor domino, hæc per omnia eadem est cum obligatione procuratoris ad agendum dati, mandato agendi suscepto; sive obligationis genus spectemus, sive genus præstationis. Nam & hic obligatio mandati est, ut procurator dominum defendat: & ad defensionis præstationem obligatio eiusmodi, ut quamdiu movetur ab adversario actio de eadem re, & dominus adversus eam actionem defendi potest, tamdiu defensor defensionem persequi debeat, ut procurator ad agendum datus actionem. Ideo defensor non tantum in ea defensione manere debet, donec res iudicetur; sed etiam re iudicata, si condemnatus sit, debet appellare, & cogere appellationis caussam: quod de fideiussore nomine debitoris convento traditum in *L. si procuratorem, 8. §. igitur, D. mand.* multo magis ad procuratores omnes ad defendendum datos intelligendum est pertinere; cum fideiussor de debitore defendendo tacitum manda-

datum accipiat; procurator ad defendendum datus apertum: de quo disserui pluribus supra in procuratore actoris, cum de appellatione ab eo interponenda & persequenda agerem. Sed etsi vicerit defensor, & actor aut impetrarit in integrum restitutionem, aut quod idem valet appellarit, utriusque suspensionis iudicium placet defensorem suscipere debere. Quod etsi supra in procuratore actoris constituimus ex *L. qui proprio*, *§. item quaeritur*, *D. de proc.* tamen argumento solum defensoris fecimus: nam is locus proprie de defensore scriptus est. Cumque sit hæc obligatio defensoris ad personas contrahentium & ad præstationem cum superiore communis; etiam intelligendum est admittere eam easdem exceptiones, ut inter cætera exemplum fideiussoris, eiusdemque in rei caussa defensoris declarat: in cuius persona plerasque earum traditas legimus in *d. L. si procuratorem*, *§. igitur*, *mand.*

XX. Non eadem ratio obligationis eius, qua tenetur defensor in hac defensione adversario: estque hæc istarum rerum dissimilitudo. Nam neque is ab initio obligatur semper adversario; nec cum obligari cœperit, eadem præstatio hic versatur; & ipsa obligatio præstationis hic receptæ ita non est perpetua, quemadmodum nec superior mandati, ut tamen longe aliis de caussis, & multo pluribus proprio quodam iure ab ea discedere liceat. Hæc autem ita se habent.

XXI. Defensor actori, eidemque adversario obligatur ad defensionem duobus casibus. Uno, qui dubitationem non habet, si ei satisdederit, aut alias stipulanti caverit iudicatum solvi, ut est solemnis cautio, quæ a defensoribus alienæ rei exigitur, ubi hoc idem a domino ipso cautum non est. *§. sin autem*, *Institut. de satisdat. L. qui proprio*, *§. qui alium*, *D. de procuratorib.* Quo casu sic obligatur defensor ex sua cautione, ut quanvis priusquam iudicium acciperet, desierit reus solvendo esse, tamen iudicium in se reddi recusare non possit: sed nec eius fideiussores. *L.* antepen. *D. de proc.* Cui contrarium non est, quod Paulus scribit in *L. mutus*, in fin. *D. eod.* defensorem qui iudicatum solvi satisdedit, non cogi rem defendere ex caussa: & inter alias caussas numerat, *si bona absentis possideri cœperint*. Bona enim absentis illic intelligere debemus bona absentis defensoris, non domini, ut sit sententia; si defensoris bona, quæ procul aberant, possideri cœperint a creditoribus eorum locorum, ubi sita erant, quia defensor illic non defendebatur, & videbatur non esse solvendo; iustam [15] caussam esse, cur suscipiat eo profectionem, quo occurrat bonorum suorum distractioni. Constat autem si defensor necessariam profectionem alleget, unam esse hanc inter alias multas idoneam caussam ad iudicium recusandum. *L. aut si*, *9. L. vel si longinquo*, *44. D. de proc.* Hoc tamen cum hac exceptione semper, quæ confirmatur in *d. L. antep. eod.* dum dominus ipse sit solvendo. Sed de his caussis in universum dicetur postea suo ordine. Nunc vim superioris stipulationis indicamus.

XXII. Alter casus est, cum obligatur procurator adversario ad subeundam defensionem, si dominus ipse eo procuratore ad litem suscipiendam dato, pro eo consentiente iudicatum solvi exposuerit. Sic enim de eo cavet prætor, ut polliceatur se eum iudicium accipere coacturum: exstat in hanc rem clausula edicti in *L. filiusfamilias*, *§. ult. D. de proc.* Quo ergo agente hunc coget prætor? Non sane domino, qui & sine superiore satisdatione defensorem suum satis obligatum habuit, quem etiam cogere non potuit iudicium accipere, quod ipse non intendebat: sed agente adversario, cui satisdatum est, & a quo iudicium intenditur; cui ipsi ex superiore satisdatione non minus obligatur defensor, quam si ipse satisdedisset. Enimvero cum nulla sit obligatio, nisi ex certis & iure constitutis caussis, ut contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio; unde est hæc obligatio defensoris, qui nihil videtur cum acto-

15) Atqui si hæc iusta caussa deferendæ defensionis, longe iustior erit inopia domini, quæ non tempore mandati, (sic enim imputari posset Procuratori *L. 19. de R. I.*) sed superveniens, ubi nulla Procuratoris culpa, cui officium damnosum esse, & litis alienæ damnum sentire, impensasque, quas ab inope recipere non poterit, perdere iniquum est, cum & quævis promissio intelligatur, rebus sic stantibus, ut *infra N.* 18. Nunquid igitur dicemus cum Pac. 2. Q. 46. proponi in *d. §. ult.* Labeonis sententiam, nec probari, sed contrariam Sabini *L.* 45. *pr.* Minime sic evademus. Hoc enim tantum Sabinus, quod ubi non iustæ caussæ excusant, non cogatur præcise defendere. Ubi autem excusant, tum nec committi stipulationem. Et ita Labeo, ex inopia debitoris (uti & alia iusta caussa) non cogi iudicium accipere. Sabinus amplius tantum non cogi; sed nec stipulationem committi. Quo ipso non minuitur, sed augetur contrarietas cum *d. L.* 76. Anne contra Iuliani sententiam *d. L.* 76. reprobari *d. §. ultim. d. L.* 45. *pr.* asseremus, ut Ant. Fab. *in d. L.* 76. Admittere hoc est antinomias, non diluere. Quare, dum probabilius quid suppetat, probo distinctionem Bart. & Costal. *ad d. L.* 76. probatam a Broneh. 2. *Ass.* 54. inter defensorem, sine mandato *d. L.* 76. & qui mandatum habet *d. §. ult.* quia in eum, executio fieri potest iudicati, *L.* 61. *h. t.* in hunc oequit, potius, quam aliam distinctionem Cuiac. 26. *Obs.* 3. inter eum, qui solvendo esse desiit. *d. L.* 76. scilicet pro parte, & cuius bona omnia possideri cœpta *d. §. ult.*

actore gessisse? Obligatio est ex contractu, quia ex pacto & conventione defensoris; qui cum ad litem suscipiendam datus sit, ut est in edicto, & simul pro eo consentiente dominus satisdederit, hoc ipsum pactus cum actore intelligitur, se iudicium nomine domini & defensionem eius suscepturum. In illis enim verbis, *pro quo consentiente dominus satisdationem exposuit*, quæ sunt in edicto, consentientem procuratorem eum accipiemus, qui consentiat, ut litem suscipiat & consentiat in eam rem non solum eum domino, sed etiam cum actore. Proponitur enim, ut dixi, hic procurator ad litem suscipiendam datus. Et datur quidem a reo, eodemque domino. At cui? omnino non alii, quam actori, a quo litem suscipere cogitat: ut necesse sit procuratorem etiam cum hoc actore in eam ipsam rem consentire. Hinc illa conventio de lite suscipienda cum actore etiam ipso interposita, quam dixi, & ex conventione obligatio defensoris. Et vero frustra hic defensor cum domino solo pacisceretur, ut litem cum actore susciperet, si vellemus eum ad eam rem obligari actori: cum neque pactum, neque quidvis aliud inter aliquos actum, possit aliis prodesse aut nocere vel ad exceptionem; multo minus actionem acquirere. *L. si unus. §. pacta*, vers. *ante omnia*, *D. de pat. C. res int. al. act.* Sed non est satis ad obligationem hæc conventio, dixerit aliquis: vetat enim regula iuris ex pacto actionem nasci. *L. iurisgentium*, *§. quinimmo*, *D. de pact.* Vetat; sed cui tunc solum locus sit, cum pactum nudum est, & solum pactum. Ad ea pacta, quæ nuda non sunt, non pertinet, idest ea, in quibus caussa ad agendum subest præter conventionem, ut loquitur *d. L. iurisgentium*, in pr. *§. sed cum nulla*, *de pact.* ea sunt autem: eum dedi tibi prius, aut feci aliquid ea lege & pacto, ut vicissim quid a te acciperem; sic nominatim explicatur regula in *L. legem*, *C. de pact.* Atqui ex hoc genere posteriore est ea conventio, quæ nunc proponitur. Nam actor non tantum hic pactus est cum procuratore, ut litem secum susciperet, sed etiam cum de eo procuratore dando ageretur, omisit personam principalis rei, ut iudicium in defensorem transferretur. Quod cum fecerit defensoris fidem secutus, decipi eum non oportet. Est igitur hæc obligatio ex regulis quoque iuris communibus. Sed quia factum superius acturis in proposito erat obscurius, ut de caussa obligationis posset dubitari; existimavit prætor etiam eam obligationem a se apertius in edicto confirmari oportere, unde illa clausula, de qua dixi.

XXIII. Hæc obligatio etsi de defensione est, ut & superior; non eamdem tamen præstationem continet. Defensor domino defensionem præstare debet iudicio mandati, non solum donec de re iudicata, sed etiam post rem iudicatam, ita, ut si victus sit, appellet, si adversus victorem appellarit aut in integrum restitutus sit actor, appellationis & in integrum restitutionis iudicium ipse suscipere debeat.

XXIV. Idem adversario ex superiore cautione solum præstare debet, ut iudicium suscipiat ab eo illatum. Nihil enim amplius ab eo exigi legimus, quibus in locis de hac cautione agimus, ut *L. filiusfamilias*, *§. ult. L. mutus*, *§. ult. D. de proc.* Quod eam significationem habet, ut suscepto iudicio, litem deserere possit defensor, si videtur: & si victus erit sententia iudicis, non cogatur appellare, ut quidem ex ea cautione teneatur adversario. Et ita omnino res habet: merito. Nihil enim adversarii interest, defensorem suscepto iudicio in eo manere, multoque minus defensorem re iudicata appellare. Nam si is iudicium deserit, nihilo secus consequi actor potest, ut adversus absentem sententia feratur. *L. &* *post edictum*, *D. de iudic.* Re autem adversus defensorem iudicata si is non appellat, non modo ea re non nocet adversario, sed maxime eius caussam agit. Sic enim confirmat sententiam ei stando: qua confirmata multo citius actor suum consequitur. Sed ut non debet cætera; ita saltem hoc relinquitur quod præstet adversario, ut iudicium ab illo illatum suscipiat, idest, ut illo agente debeat litem cum eo contestari, atque ita facere, ut re iudicio inclusa, deinceps de ea cognosci, & re cognita indicari possit. *d. L. filiusfamilias*, *§. ult. L. mutus*, *§. ult.* Etiamne ut compellatur a prætore omnimodo iudicium accipere, an vero ut illo non defendente solum ex stipulatu adversus eum agi possit? Et Sabini sententia est, quam & Paulus in *L. non cogendum*, *§. 1. D. eod.* ita refert, ut ei acquiescat, sic solum agi posse ob rem a rei defensore non defensam: nullas autem prætoris esse partes ad [16] compellendum eum præcise defendere. Hoc illi recte ex regu-

16) Immo & remediis prætoriis cogitur, ut *supra C.* 13. *N.* 18.

regula perpetua iuris de faciendi obligationibus; qua placet in hoc genere si non fiat, quod promissum est, non hanc esse obligationem, ut præcise cogatur facere, qui promisit: sed committi stipulationem in id quod actoris interest: seu in pecuniæ æstimationem eius quod interest, hac stipulatione contineri, in id agi, in id reum condemnari. *L. si pœnam*, *L. stipulationes non dividuntur*, verf. *Celsus*, *D. de ver. obl.* *L. si quis ab alio*, in pr. & fin. *D. de re iud.* Sed meminerimus hoc dictum esse de defensore, qui fine satisdatione non cogebatur dominum defendere. Nam de eo quæstio posita erat a Paulo in *d. L. mutus*, *§. ult.* de quo deinde amplius respondet ex Sabini sententia in *d. L. non cogendum*, *§. 1.*

XXV. Diversa caussa est procuratoris ad agendum dati. Is actionem alieno nomine postulans, hoc ipso cogitur ex edicto dominum defendere etiam priusquam satisdederit. *L. servum*, *§. ult. D. de proc.* Faciamus eum defensione ultra suscepta, satisdedisse iudicatum solvi, ut est omnium defensorum conditio. Placet eum compelli iudicium accipere omnimodo, neque sufficere, si velit potius ex stipulatu secum agi ob rem non defensam: traditum in *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *D. eod.* Differentiæ ratio est, de qua & alibi supra diximus, quod in defensore, ut Sabinus scripsit, nullæ sunt partes prætoris ad cogendum eum iudicium accipere: nulla enim hic propria prætoris pœna est, qua eum cogat. Ita ex iure communi sola relinquitur actio ex stipulatu, cuius motu cogatur defendere: aut qua cum eo agi possit, si defendere recuset. At procurator actoris si mutuo conventus defendendi domini caussa satisdederit iudicatum solvi, qua præcipue continetur, ut dominum defendat: *L. iudicatum*, *D. iud. sol.* ideo compellitur iudicium accipere, quia præter actionem ex stipulatu est pœna edicto prætoris proposita, qua cogatur: nempe hæc, ut denegetur ei actio. *L. mutus*, *L. pœna*, *D. de proc.* *L. actionem*, *C. eod.* Cum de eo hic agatur, ut actori ius suum persequenti consultum sit, supervacuum est ad id consequendum exspectare iudicium ex stipulatu, ubi alia via parata est, qua ei quamprimum satisfaciat, & in præsentia. Quod si etiam id agatur, ut cogatur procurator iudicium accipere, certum est multo facilius prætorem id consequi præsente pœna, quam proposito iudicio, quod in longius tempus producatur, & sæpe incertum exitum habeat.

XXVI. Sed quæcunque hic post interpositam de re defendenda cautionem defensoris obligatio & præstatio est: hoc illa præcipue singulare habet, dissimile a superiore obligatione mandati, & omnibus obligationibus conventionalibus, non solum quod non est perpetua; sed etiam quod in ea multis iisque propriis [17] de caussis licet defensori non suscipere iudicium: id est, in summa, non præstare eam quæ verbis promissa est, defensionem: & quidem ita, ut ea non suscepta neque ipse, neque fideiussores eius ex stipulatu teneantur. Tributum hoc edicto nominatim ei procuratori, qui ad litem suscipiendam datus est, pro quo consentiente dominus satisdationem exposuit. *L. filiusfamilias*, *§. ult. D. de proc.* Quod quidem tolerabilius videri poterat in eo defensore, qui ipse nihil satisdedisset. Sed nihilominus & hoc idem placuit de eo, qui satisdans ipse se aperta stipulatione obstrinxit adversario. *L. mutus*, *§. ult.* *L. non cogendum*, *§. 1. de procur.* Quam recte, dicam postea. Ante ipsæ caussæ cognoscendæ sunt, ut quid sit hic singularis iuris, & quid de eo non inepte responderi possit, facilius intelligatur.

XXVII. Caussæ hic numero variæ ac prope infinitæ; generibus certæ, quæque ratione inter se coniunguntur, genera tria: nascuntur enim aut ex persona domini, aut ex persona procuratoris, aut ex persona adversarii.

XXVIII. Ex persona domini duæ: inimicitiæ; caussa procurationis suscipiendæ finita. Inimicitiæ, si hæ post datum procuratorem capitales inter eum & dominum [18] intervenerint. *L. filiusfamilias*, *§. ultim.* *L. si post datam*, *14.* *L. mutus*, in fin. *D. de procur.* Habet hæc caussa hanc rationem ex persona domini ductam,

17) Quia, mandatum contractus bonæ fidei, hanc interpretationem recipit, tacitque conditionem habet, si res in eodem statu manserit *L. 82. in fin. de sol.* *L. ult. Qui sat. cog. C. cum M. 9. ext. de constit.* Tiraq. *ad L. 8. C. de revoc. donat. in pr. n.* 16. Caroc. *de Iuram. tit. Decis. Q. 5. 9. Quæst. principalis n.* 39. *& seq.* Et quæ de novo emergunt non egent auxilio *L. 11. §. 8. de inter. in iure* A. Fab. *ad L. 14. h. t.* Quin etsi iam conclusum in caussa, ut lis pene terminata videatur, adhuc admitti has caussas, A. Fab. *C. Fabr. h. t. Defin.* 8. Confer. Ian. Langlæ. *1. Semestr. 2. pag. 17. & seqq.*

18) Quia videntur quodammodo non iidem, qui antea amici, nunc inimici, Gifan. *ad L. 8 §. ult. & LL. seqq. h. t. n.* 21. Qui vult capitales dici, quarum caussa accusatio, in capitali crimine. Sed rectius Sichar. *ad L. 22. C. h. t. n. 3. & 4.* posse & capitale odium, ex verbali iniuria oriri, idque iudici definiendum. Idemque leviores etiam inimicitias sufficere hic, ut & Menoch. *1. Præs. 36. n. 24.* Confer. Langlæ. *2. Semestr. 5. & 3. Semestr. 5.*

ductam, vel quod videtur inimicus male de procuratore meritus indignus opera eius; vel quod homo male erga procuratorem affectus reddit omnem operam procuratoris in caussa sua non tantum inutilem, sed etiam procuratori damnosam. Quocunque enim modo se in caussa gesserit procurator, semper opera eius inimico ingrata erit, semper suspecta, ut nihil sit, quod ille non vocet in rei malæ suspicionem. In quo aperte pudor procuratoris læditur. Caussa procurationis suscipiendæ finita idem efficit: quo ex genere est dirempta affinitas; quam hic idoneam recusandi iudicii caussam esse Paulus scribit in *d. L. invitus*, in fin. *de procur.* Finge generum vivente uxore sua suscepisse defensionem soceri propter affinitatem cum eo constitutam, & eo nomine satisdedisse adversario; deinde uxorem generi decessisse: recte exinde iudicium recusabit, quia affinitas dirempta est *§. affinitatis, Inst. de nupt.* Idemque dicemus, si privignus nomine novercæ idem susceperit, & satisdederit vivente patre suo, deinde pater decesserit: quo & ipso casu dirimitur affinitas. *ibidem.* Nempe hic ab initio certa caussa fuit suscipiendæ defensionis, quam domini coniunctio attulit. Hac caussa sublata, æquum est & ipsam defensionem cessare: ut caussa deficiente desinat & caussæ effectus. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. iur.* Itaque non in hac solum specie consistemus, sed si qua alia caussa erit defensionis suscipiendæ, generaliter definiemus, ea caussa finita, recte defensionem remitti, ac per hoc recte iudicium recusari. Cuiusmodi caussa est, si proponas defensorem post interpositam satisdationem iudicatum solvi a domino removeri. Remotum placet recte iudicium recusare. *L. sed & hæ, §. defendere, D. de proc.* Nempe quia defensio voluntate domini suscepta erat, & propter eius mandatum. Nunc autem voluntas eius finita est, & recte revocatum mandatum ante litem contestatam. *L. ante, D. eod.*

XXIX. Ex persona defensoris iustæ caussæ summæ sunt tres hæ; si defensionem obire non possit; si non possit salva dignitate; si non sine damno & periculo rei familiaris. Non potest omnino obire, si impediatur valetudine, aut necessaria absentia, aut munere aliquo publico, quod totius hominis operam desiderat. Et ex his caussis iudicium recusari posse traditur in *d. L. filiusfamilias*, in fin. & *L. seq. de proc.* Non potest defensor obire defensionem salva dignitate, si privatus susceperit defensionem, deinde dignitas seu magistratus accesserit. Etiam hæc recusandi indicii [19] iusta caussa est, *ibidem.* Est enim omnis privata opera procuratoris longe infra magistratus dignitatem: cui convenit non invitum ministrare aliis, sed aliorum opera & ministerio uti. Non potest defensor obire defensionem sine damno & periculo rei familiaris: quo nomine nec minus eum iudicium detrectare posse placuit; si, puta, [20] hereditas delata illum occupet, *L. vel hereditas, D. eod.* si iudicio publico privatove, aut maiore aliqua re sua quavis præsente distringatur, *L. vel iudicio*, 20. *D. eod.* si necessaria aliqua [21] peregrinatio urgeat. *L. aut si*, 9. *D. eod.* qualis est, si bona absentis defensoris possidere cœperint; quam ob caussam proficisci cogatur, ut bonorum distractioni occurrat: quæ & iusta recusandi iudicii caussa nominatim statuitur in *d. L. mutus*, in fin. *eod.*

XXX. Una exceptio his caussis omnibus adiicitur, ut placeat etiam ex his caussis defensorem qui satisdedit, iudicium accipere cogendum, si dominus præsens non sit, & actor adfirmet tractu temporis futurum, ut res pereat, quia scilicet actio quæ instituitur, sit temporalis, & propediem eius dies exeat. *L. sed etiam*, 12. *D. de procur.* Honesta caussa iudicii [22] exigendi, ut scilicet actio iudicio inclusa fiat perpetua, ut fit; *L. ult.* in fin. *D. de fideiuss. tutor.* atque hoc modo adversus periculum eius amittendæ adversario consulatur.

XXXI. Ex persona adversarii iusta caussa est defensori iudicii recusandi, si adversarii nihil intersit defensorem iudicium suscipere. Omnis enim stipulatio faciendi, qualis est de re defendenda, committitur solum in id quod actoris interest, ut si eius nihil intersit, nulla sit obligatio, nulla actio ex stipulatione. *L. si quis ab alio*, in prin. *D. de re iud.* Sic autem aper-

19) Tantum enim abest, ut Procurationis vilitas, magistratui conveniat, ut nec maiores magistratus caussas suas ipsi agere possint, sed per alios litigare cogantur *L.* 25. *C. h. t.*

20) Iniquum enim alieni compendii caussa prohiberi, sibi delatum acquirere, Et humanitas suadet, ut quis suum commodum præferre possit alieno, quod sine iniuria alterius fiat, A. Fab. ad *d. L.* 10. & Gif. ad *L.* 8. *§. ult. & seq. nr* 28.

21) Cuiac. 23. *Obs.* 26. intelligit Reipublicæ caussa arg. *L.* 16. *Pro soc.* Et reprobat *Gl.* quæ peregrinitatem exponit, ex deportatione. Ea enim cives esse desinunt.

22) Sed non aliud, quam ut litem contestetur arg. *L.* 28. *§.* 4. *de iud.* in quo non magnum incommodum Procuratoris, A. Fab. ad *d. L.* 12.

perte actoris nihil intereſt defenſorem iudicium accipere, ſi actor habeat [23] præſentem dominum, & dominus cogi poſſit: adde & ſolvendo ſit ex *L. antepen. D. de proc.* Ideo & tunc non debere compelli procuratorem placet: nempe illa ratione, quam dixi: hoc in *L. vel hereditas*, 10. & *L.* ſeq. *D. eod.*

XXXII. Sed ſunt quædam, quæ univerſo iſti iuri de poteſtate iudicii adverſus ſuperiores cautiones recuſandi videantur adverſari, quæ iam tempeſtivum eſt diluere. Primum *L. antepen. D. eod.* ubi diſerte traditur, defenſorem poſtquam ſatiſdedit, domini loco eſſe: ideoque non poſſe iudicium recuſare, quanvis reus ſolvendo non ſit. Sed eo loco nihil amplius ſignificatur, quam defenſori, qui ſatiſdedit, non eſſe idoneam cauſſam iudicii detrectandi, quod dicat reum iam ſolvendo non eſſe. Sic ergo res habet: ſi nulla alia cauſſa afferatur a defenſore, quam hæc, non eſſe idoneam, & cogi eum nihilominus iudicium accipere. Sin aliqua alia una ex ſuperioribus; recte iudicium recuſaturum defenſorem, quanvis reus non ſit ſolvendo. Cuius ſententiæ habeo hoc argumentum, quod traditur in *L. non cogendum*, §. 1. *D. de proc.* non eſſe æquum eum defenſorem cogi iudicium accipere, qui iuſtam aliquam excuſationem adferat. Atqui ſuperiores cauſſæ omnes iuſtæ excuſationes habentur. *L. mutus*, §. *ult.* & ſeq. *D. eod.* Eſt & alterum, quod multo magis reclamat huic ſententiæ, ſive quis proponat reum qui ſit non ſolvendo, ſive qui ſit ſolvendo. Id ius eſt commune de ſtipulationibus faciendi conſtitutum; quod tale eſt, ut ſi quis quid promiſerit ſe facturum, neque faciat, is omnimodo teneatur, niſi naturæ impedimentum ei obſtiterit, quominus faceret. *L. continuus*, §. *illud*, *D. de verb. obli.* Eiuſmodi certe impedimenta non ſunt in ſuperioribus cauſſis, ſed tantum commoda aut incommoda perſonæ, quæ multum recedunt ab impedimento naturali, *d.* §. *illud*, & omnino ius commune ita eſt, cui locus eſt in ſtipulationibus conventionalibus omnibus. Ad ſtipulationem prætoriam iudicatum ſolvi non pertinet, de qua in hoc per ius a prætore conſtitutum, eſt proprium & ſingulare. Sic enim exigit prætor in edicto hanc ſatiſdationem a defenſore alienæ rei, & ex ſatiſdatione defenſionem, ut velit & ſatiſdari rei nomine, & ipſum defendi boni viri arbitratu. *L. ſervum*, §. *ult. L.* pen. & ultim. *D. de proc.* Hinc ſumpſerunt veteres, ſi qua cauſſa eſſet ex ſuperioribus, recte recuſare poſſe defenſorem, vel ex edicto iudicium accipere: hac ratione videlicet, quod vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui iuſtam excuſationem adferret, defendere cogeretur. Prætor autem ad viri boni arbitratum hanc defenſionem revocat: ratio huius proprii iuris nominatim reddita in *L. non cogendum*, §. 1. *D. de proc.* Aut igitur procurator ſatiſdans ſe iudicatum ſoluturum, adiicit boni viri arbitratu; & ſatis ipſa ſtipulatione defenditur: aut ſimpliciter promittit; & nihilominus idem intelligendum eſt. Neque ideo idem interpretantur in ſtipulationibus, quæ ex conventione ſola rerum deſcendunt: ſi quidem in his contractui formam contrahentes dant; prætoriæ autem ſtipulationes legem accipiunt ex mente prætoris, qui eas propoſuit, ut eſt in *L. in conventionalibus*, *D. de verbor. obligat.* Et de ſuſcipienda procuratione, deque ſuſcepta obeunda ſatis dictum eſt.

CAP.

23) Qui & cogi ipſe poſſit *L.* 11. *h. t.* Ideo enim cogitur Procurator, ne, & qui dedit, & contra quem datus eſt, decipiantur *L.* 43. §. *ult. h. t.* Si præſens dominus, ipſe tam facile & commode litem conteſtari poteſt, A. Fab. ad *L.* 10. *h. t.*

C A P. X V I I.

Procuratorem recte datum mutari posse: ante litem contestatam semper: Post litem contestatam non nisi ex caussa. Quæ hic caussa, quæve mutatio & qualis accipienda sit, tum quam vim ea habeat.

Rerum nexus & partitio. I.
Ante litem contestatam domino licet nedum mutare, sed & simpliciter removere procuratorem. II.
Immo & defensorem, etsi indicatum solvi satisdedit. III.
Secus post litis contestationem. IV.
Ubi mutare licet ex caussa dumtaxat. V.
Caussa 1. a voluntate, si nempe suspectus procurator. Talem tria faciunt, & quæ. VI.
2. A facultate impedita sive natura, sive occupatione: utroque modo quam varie. VII.
Superiores caussæ in mutando procuratore quorsum necessariæ. VIII.
Iustas esse procuratori caussas propter quas nolit procurationem dimittere; quot illæ, & quæ. IX.
Has tamen sive ad revocandam, sive retinendam procurationem habiles allegari oportere, & probari; & coram quo iudice. X.
Licet ex caussa mutare procuratorem quandocunque, non autem removere simpliciter: mutare quid sit. XI.
Mutatio & translatio iudicii quomodo fiat vel ab actore vel a reo. XII.
Talis mutationis effectus qui. XIII.
Procuratore mortuo, Captivo, vel deportato post contestationem litis, domino liberum esse sive alium substituere, sive ab eo iudicio discedere. XIV.

I. Cum iure dari poterit procurator invito adversario, cumque pro ea potestate volens recte datus erit, quibus de rebus huc usque disseruimus: sæpe post illa oritur domino caussa, cur velit procuratorem a se datum removere, sive quod non placeat eius opera uti, sive quod per se malit iudicio agere, sive quod velit alium procuratorem dari. Hinc ex re nata existit in hac tractatione tertio loco quæstio, quid hic domino liceat. De qua potestate breviter cautum est edicto ad hanc summam: procuratorem recte datum ante litem contestatam libere a domino removeri posse; Post litem contestatam sine caussa ne mutari quidem posse: Ex caussa licere: Sed mutari dumtaxat, non simpliciter removeri. Summa in *L. ante*, 16. & *L. post litem*, *seq.* *D. de proc.* Quibus verbis licet cernere quatuor sententias esse comprehensas. Quarum unaquæque cum per se explicationem desideret, singulæ nobis suo ordine cognoscendæ sunt.

II. Primum ergo cavet prætor, ius esse, ante litem contestatam libere procuratorem mutare; ut intelligamus ius esse, sive caussa erit domino mutandi, sive hæc sola, quod videatur domino illo procuratore non uti. *d. L. ante*. Translatum ex natura mandati, qua fit, ut mandatum quanvis recte contractum liceat revocare re adhuc integra. *§. recte*, *Inst. de mand.* Est autem res integra domino, itemque procuratori lite nondum contestata. Et ideo quanvis in *d. L. ante*, tantum mutandi ante litem contestatam procuratoris mentio fiat: tamen superiori naturæ mandati congruit, non solum ut dicamus licere domino ante litem contestatam [1] procuratorem mutare, id est, ita removere, ut alius procurator detur, aut dominus in se iudicium transferat: sed etiam simpliciter removere, neque iudicio in se translato, neque alio dato procuratore; quoniam re integra semper libera potestas est domino mandati revocandi.

III. Quid tamen, si defensor a reo datus

1) *Cap. 2. ext. h. t. in 6.* Etsi in perpetuum datus sit. Sic enim datus dicitur *L. 4. h. t.* non qui nullo tempore revocetur, cum hanc sibi nemo legem dicere queat, ne voluntatem mutet *L. 22. de leg. 3.* sed qui sine temporis præfinitione, ut tamdiu maneat, quoad revocetur, Ant. Fab. *ad d. L. 4.* Quin, nec clausulam de non revocando Procuratore valere volunt, cum substantiæ mandati adversa sit arg. *L. 12. princ. de precar.* Bovcr. *Singul.* 26. *n.* 22. Marc. de Mantua *Sing.* 543. Etsi iusiurandum accesserit, modo simplex sit mandatum; licet periurus fiat, qui revocat, Gravat. *ad Pract. Vestrii Lib. 5. Cap. 13. lit. H.* Covar. *in Cap. quamvis de pact. in 6. P. 2. relect. §. 2. n. 3. & 9.* Seraphin. *Privileg. iuram.* 75. *n.* 7. *& seq.* Ast ubi iuramentum alteri præstitum, cuius interest non revocari, mandatum fieri irrevocabile, statuit A. Mass. Gales. *ad Form. Cam. oblig. P. 2. ad 6. partic. obl. Quæst.* 1. Quia, ait, ex tali pacto oritur obligatio, ac adversario illudatur *L. 41. C. de transf.* add. Sigism. Scaccia *Lib. 1. de iudic. causs. Civil. crimin. & hæret. Cap.* 101. *n.* 42.

tus iam satisdederit defendendi domini caussa iudicatum solvi? an hic etiam libere removeri a domino potest ante litem contestatam? Movet, quod videtur res desiisse esse integra propter obligationem, qua cœpit defensor teneri actori, qua obstrictus non videtur effugere posse, quin iudicium eum actore accipiat. Sed & hic non minus libere removeri potest ante litem contestatam. Est enim & isti defensori, ac propter defensorem etiam domino ad revocandum mandatum res integra. Nam neque defensor domino tenetur mandati, ut pote revocato mandato, neque stipulatio iudicatum solvi ita eum obligat adversario, quin possit iure iudicium recusare: quandoquidem id etiam adversus superiorem cautionem facere licet ex caussa, ut superiore capite ostendimus. *L. mutus*, *§. ult. D. de proc.* Iusta autem in primis caussa est defensore satisdatione obstricto ad iudicium recusandum, si dicat mandatum revocatum esse a domino. *L. sed & hæ*, *§.* ² *defendere*, *D. eod.* fuit enim suscipiendæ defensionis caussa voluntas & mandatum domini: quibus mutatis oportet tanquam caussa mutata cessare & defensionem: non aliter, quam cum affinitatis caussa defensio suscepta est, & affinitas postea dirempta. *d. L. mutus*, in fin.

IV. Secundo cavet prætor, post litem contestatam ne ³ mutare quidem sine caussa procuratorem licere, nedum simpliciter procuratorem pro arbitrio removere. *L. post litem*, 17. *D. de proc.* Cur ergo minus hoc licet post litem contestatam, quam ante? Id ex natura quoque mandati, quæ efficit, ut revocari mandatum non possit, ubi domino desiit res esse integra. *d. §. recte*. *Inst. de mand.* Quod procuratore ad litem dato contingit lite ab eo contestata. Nam cum ante litem contestatam qui procuratorem ad litem dedit, esset dominus, procurator dominus non esset; lite semel a procuratore contestata hæc omnia vertuntur in contrarium. Ut enim pluribus exposuimus supra sub titulo; *Ubi mandato opus sit*, procurator post litem a se contestatam efficitur dominus litis. *L. procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de procur.* Ex quo & hoc simul evenit, ut ne sit dominus litis, qui prius fuerat: quoniam duo in solidum eiusdem rei domini esse non possunt. *L. 5. §. ult. D. com.* Quibus iam consequens est, quod inde collectum rescripto Constantini continetur in *d. L. procuratoribus*, eum qui dederat procuratorem, non habere iam facultatem negotia persequendi, aut invito procuratore litem ad se aut ad alium transferendi: duabus scilicet de caussis: primum quia lite procuratoris iam facta non potuit quisquam illi invito rem suam auferre. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Deinde quia solus recte mandatum revocat dominus. *d. §. recte*. Vetus autem dominus, qui procuratorem dedit, dominus esse desiit.

V. Tertio loco cavet prætor, quod ius superius temperat. Facit enim potestatem mutandi procuratoris etiam post litem contestatam, si sit caussa, cur prior dominus mutare velit. *d. L. post litem*, *de procur.* At hoc quam recte, dicet aliquis, & quam superiori conditioni & iuri tum procuratoris tum domini convenienter? quod quidem videtur nullo modo defendi posse. Nam si procurator est dominus litis, nulla iusta caussa adferri posse videtur, quo domino rem suam auferat. Repugnat regula iuris in *L. id quod nostrum*. *D. de reg. iur.* Repugnant principia iuris nota nulli ius suum detrahendum; *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* nullius conditionem licere facere deteriorem. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Tum autem si prior dominus non iam est dominus,

2) Miror hic Donellum nostrum conspicue labi. Nam *d. §. ult.* adiecta verba, ex *iusta caussa*. Namque & hic actoris interest, cum defensore potius, qui iudicatum solvi cavit, quam cum domino experiri, P. Fab. 1. *Semestr.* 13. *pag.* 74. Atque, imo, & hic dominus litis post hanc cautionem præstitam, *L. 76. h. t.* & in eadem caussa, qua Procurator post litem contestatam agnoscente, Don. ut *supra* C. 12. *N.* 24. maxime, si liti se obtulit, sine mandato, qui in effectu solus, ad iudicatum faciendum tenetur. De quo recte interpretatur *L. 64. h. t.* Henr. a Suerin. *Repet. Lect. Cap.* 12. Etsi Cuiac. 22. *Obseq.* 10. verba *d. L. 64. caussa cognita* resecanda censeat, ne adversa sit *d. L.* 16 vel sic accipienda, id est eo cognito, an lis sit contestata, vel, an res, ad eos pertineat. Et alter Pac. 1. Q. 32. nimirum quod duplex sit caussæ cognitio. (1) an sit permittenda remotio Procuratoris, quæ non necessaria, ante litem contestatam *d. L. 16.* (2) An qui revocare vult, possit litigare per semet, an cogatur per Procuratorem, ut qui telam *L. 25. C. h. t.* Sic accipit *d. L. 64.* Male. Nam & generalitas illius, se ad has angustias coarctari non sinit. Nec constat, an tempore Modestini idem, *quod in d. L. 25.* disponitur, obtinuerit. Falsum denique hos in removendo Procuratore deterioris conditionis esse. Nam imo æque libere removent, ut alii; modo alium substituerint. Male vero Cuiac. *d. loc.* ideo istud improbat, quia relati in *d.* 25. ipso iure vetantur, non prætoris decreto, caussa cognita. Quasi vero posset caussæ cognitio institui, non de iure, sed de facto, an videlicet sit dominus, ex personis illic recensitis. Iure Saxonico postquam iudex alicui petenti, Procuratorem dedit, non potest alius eligi, nisi, prior suo officio perfunctus *Lib. 1. Art. 60. Diff. iur. civ. & Sax. 7. P. 1.*

3) Sich. *ad L. 23. C. h. t. n. 2.* P. Fab. 1. *Semestr.* 13. Ad hæc, interest tum adversarii, ne varietur iudicium personarum mutatione. Cumque litem contestando, quasi contraxerit cum Procuratore, eum contractum non potest dominus, invito illo, dissolvere, Mynf. *Decis. 9. Resp. 89. n. 6. & 5. Obs. 44. n. 5.* Tum Prætoris, ad cuius auctoritatem pertinet, ne semel constituto iudicio, mutationem temere fieri patiatur A. Fab. *ad L. 17. pr. h. t.*

minus, quo iure & concedatur rem non suam revocare? Sed recte prætor, neque hæc pugnant inter se, procuratorem esse dominum litis, & tamen priorem dominum posse hunc ipsum procuratorem ex caussa mutare. Quod enim dicitur, procuratorem post litis contestationem fieri dominum litis, priorem autem dominum iam dominum non esse, utrumque ex summo & subtili iure dicitur, & dum proximum finem litis recte administrandæ spectamus. Re autem vera, & exitu litis inspecto, ad quem hæc omnis procuratio in summa refertur, solus is dominus manet, qui prius fuerat; ut pote cuius nomine agitur, & ad quem omne commodum & incommodum litis tandem suo nomine rediturum est, ut pluribus dicetur sequenti capite. Atque hinc caussa prætori illius summi iuris moderandi & æquitatis statuendæ. Quia ergo procurator post litem contestatam summo iure litis dominus est, ideo recte cavet prætor, ne eum sine causa mutare liceat; ne scilicet contra ius peccet, id tunc mutans, ubi nulla causa est, cur ab eo recedat. Rursum quia re vera, & summo fine atque emolumento litis is dominus est, qui prius fuerat, ideo recte huic potestatem facit mutandi procuratoris, si causa id exigat: ne per occasionem summi iuris malo procuratore, aut parum idoneo retento fieret vero domino iniuria. Ita hactenus prætor ius illud summum temperat; quod iuris prætorii officium est. Comparatum est enim ius prætorium adiuvandi, supplendi, & æquitate corrigendi, seu temperandi iuris civilis gratia, *L. ius autem, D. de iust. & iur.*

VI. Caussa iusta, propter quam liceat domino post litem contestatam etiam invito adversario procuratorem removere, genere duplex est. Una a voluntate procuratoris; altera a facultate. A voluntate, si suspectus postea fiat procurator, ut metus sit, ne iam non ex fide rem gerat, *L. item si suspectus, 19. D. de procur.* A facultate, si in certa voluntate rei bene gerendæ, tamen re aliqua necessaria sive publica sive privata impeditus rem commode administrare non possit. *L. aut longam, D. eod.* Suspectum domino procuratorem tria faciunt, quibus etiam de caussis ex hoc genere placet procuratorem mutare licere; si inimicus postea fiat; si affinitate aliqua adversario iungatur; si heres ei exstitat; 4 quæ caussæ comprehensæ sunt in *L. vel ex filio, 21. & L. seq. D. eod.* Inimici opera suspecta, ne odio caussam lædat. Suspecta opera affinitatis novæ, ne affinis propensione voluntatis magis reclinet in partes affinis adversarii. Suspecta opera cuiusque in re sua: qualis res incipit esse procuratoris, cum successit adversario.

VII. Facultatem litis recte administrandæ procuratori adimunt partim impedimenta naturæ, partim occupationes tum publicæ tum privatæ. Impedimenta naturæ quibus fit natura, ut etiam si velit, tamen rei gerendæ operam probare, eique instare non possit: cuius generis, ætas 5 senilis, valetudo, absentia longior seu incertior, eaque vel necessaria, qualis est eius qui proficiscitur Reip. caussa, qualis exsulantis, qualis eius, qui sit in vinculis, aut in hostium prædonumve potestate; vel accersita, qualis latitantis, aut eius qui longam peregrinationem ingressus est: quibus etiam de caussis maxime concessum est mutare procuratorem; de quibus in *L. post litem, 17.* in fin. *L. 19. L. 20. L. 23. D. de proc.* Occupationes procuratoris eandem potestatem domino tribuunt; quoniam efficitur his quoque ut dum illis detinetur procurator, caussæ agendæ recte vacare non possit. Publicæ quidem certo; ut si munere aliquo publico aut magistratu fungi cœperit, si accesserit publicum ministerium religionis, quod Modestinus vocat religionis beneficium. 6 *L. 18. D. eod.* Sed & privatæ procuratoris occupationes idem præstant non minus: ut si hereditas delata eum occupet, si iudicium publicum privatumve, aut alia res maior. *L. post litem, 17.* in fin. *L. vel hereditas, 10. L. vel iudicio, 20. D. eod.*

VIII. Sed monendi sumus ita has caussas ad mutandum procuratorem esse domino necessarias, si adversarius, qui cum agitur, non patiatur sine caussa procuratorem mutari. Totum enim hoc ius de caussis in hac mutatione exigendis constitutum est maxime adversariorum caussa, quorum interest mutatione dominorum litis non onerari: quod futurum est, dum eos sæpe quos nolunt sequi coguntur,

4) Item si indicia dederit prævaricationis, aut collusionis, quam facturus, Ant. Fab. *ad L. 19. h. t.*

5) Si nempe post constitutionem Procuratoris ingravescere cœpit, aut ignorata a domino. Nam si eadem, tempore Procurationis datæ, sibi imputet, A. Fab. *ad L. 17. §. ult. h. t.*

6) Ubi religionis beneficium exponit Ræv. 1. *Coniect.* 23. vinculum militiæ, quod Seneca religionem vocat. Sed rectius puto accipi sacerdotium obveniens arg. *L. 32. §. 4. de rec. arb.* quomodo & Græci declarant *τὸ γένος αὐτὸ ἱερά* Leunclav. *Lib. 1. notar. Cap. 68. & auctor Paratitlorum antiquorum Lib. 2. tit. 2.*

tur. Quod si non repugnet [7] adversarius, quominus mutetur procurator, nulla alia caussa ad eum removendum domino opus est, quam ut dicat se nolle amplius eius opera uti. Non enim, inquit Ulpianus, *ferendus est procurator, qui sibi adserat procurationem:* hæc ille in *L. quæ omnia*, 24. *D. eod.* Neque hic quisquam offendatur edicto, quod ad mutandum procuratorem post litem contestatam sine exceptione caussam desiderat. *d. L. post litem.* Nam & hic si caussa removendi quæritur, hæc abunde idonea est, si procurator, cuius nihil interest procurationem sustinere, eam sine caussa retinere postulet. *Hoc enim ipso suspectus est*, ait ibidem Ulpianus, *quod operam suam ingerit invito*. Recte. Nam alioqui quid eius interest, utrum dominus caussam aliquam habeat, necne, cur velit potius per se aut per alium transigere? Atque adeo quid non habet potius procurator, cur velit statim lite cedere, ubi & domino reddat rem suam, & ipse eadem opera omni molestia & sollicitudine rei gerendæ liberetur? Iam autem diximus ad suspectum procuratorem removendum abunde magnam caussam esse hanc ipsam suspicionem. *D. L. item si*, 19. *eod.*

IX. Sic tamen procurator adversario non repugnante sine alia caussa removeri potest, & iussus abire, procuratione statim cedere cogitur, nisi ipse iustam aliquam caussam adferat, cur retineat procurationem. Sunt autem ad eam rem procuratori iustæ caussæ quatuor, quas ordine proponit Ulpianus in *d. L. quæ omnia*, 25. & *L. in caussæ*, 27. in princ. *de proc.* Una est, *si forte*, inquit, *purgare magis convicium, quam procurationem exsequi* maluit, *ut hactenus sit audiendus, si dicat se procuratione quidem carere velle, sed si id illæsa existimatione sua fiat:* hoc ille fortasse paulo obscurius: quod sic explicandum est, ut intelligatur hoc dicere; iustam esse caussam procuratori retinendæ ad tempus procurationis, etiam invito domino, si dominus procuratorem removeat [8] nominatim addita caussa, quæ existimationem procuratoris oneret, puto, quod dicat eum in caussa aliquid falsi machinatum esse, aut colludere cum adversario. Hic enim iuste dicturum procuratorem, se non prius omissurum procurationem, quam de eo quod obiicitur cognitum & pronuntiatum fuerit a prætore: non quia domino non probante velit procurator procurationem retinere; sed quia velit potius hoc prius constare illum falsum dicere, ut sic denique purgato convicio possit procuratione abire salva existimatione: quod sane illi concedi æquissimum est. Altera caussa est, *si*, inquit Ulpianus, procurator *dicat in rem suam se procuratorem datum*, & *hoc probaverit*. d. *L. quæ omnia*. Hæc vere perpetua caussa est procurationis retinendæ. Hic enim procurator verbo procurator est; re dominus: ut qui utiles actiones habeat suo nomine: quas qui habet eas ut suas etiam domino vetere invito recte exercet. *L. pro curatore*, 11. *D. eod.* Et hoc est, quod pro ratione Ulpianus addidit in superiore loco, non debere istum *carere propria lite*. Tertia est eodem auctore, si retentione aliqua procurator uti velit: *ibidem*, cum hac tamen exceptione, quæ additur in *fragmento sequenti*, nisi dominus ei solvere paratus sit. *L. nisi*, 26. *eod.* Finge dominum procuratori aliquid debere, ac pro eo debito velle procuratorem sibi actionem mandatam retinere, ut habeat, unde sibi satisfiat. Hoc sentit Ulpianus, recte enim ex hac caussa uti retentione: ut sit hic retentio pro mutua retentione, ac veluti compensatione: quomodo retentionis verbum a veteribus usurpatur. *L. unica*, §. *taceat*, *C. de rei uxor. act.* Quarta caussa est Ulpiano in *L. in caussæ*, 27. in prin. *de proc.* si dominus procuratore [9] ad plures lites dato, quædam iudicia ab eo transferre velit, quædam relinquere. *Iuste*, inquit, *procurator hanc inconstantiam recusabit*. Iuste ideo, quia non est caussa, cur dominus procuratoris fidem probet in iis iudiciis, quæ relinquit, non etiam probet in his quæ ad se revocat. Quæ res facit, ut si vult quædam relinquere, debeat etiam procuratore postulante relinquere cætera: aut si pergit ea revocare, simul quoque omnia ad se transferre

7) Et ideo hic consensus adversarii requiritur etiam tunc, cum, Procuratore volente, sit revocatio. Mynsing. 5. *Obs.* 44. *n.* 5. & *Resp.* 89. *n.* 6. Io. Mohedan. *Decis.* 84.

8) Sed A. Fab. ad *d. L.* 25. Procuratorem simpliciter contradicere posse, sentit. Quia in dubio hæc res præbet materiam suspicandi, quod male versatus fuerit, si nulla evidenter appareat alia caussa. Etsi enim revocatio infamem non faciat, existimationem tamen apud graves viros læderet. Plane contradictio Procuratoris non impediet effectum revocationis, in præiudicium revocantis, sed ut pro conservatione famæ cognoscatur, non iuste sit revocatus *Decis. Rotæ noviss.* 145. *P.* 1.

9) Sed *d. L.* 27. de dato ad unam litem loquitur, ubi ratio dubitandi in regula, cui licet, quod plus est &c. Ratio decidendi, Dominus litis in solidum, factus Procurator, qui nec ab initio forte suscepisset mandatum tractandi, pro parte negocii arg. *L.* 46. *de sol.* A. Fab. in *d. L.* 27. Et alias quoque, non admittitur inconstantia, & rei pro parte, approbatio Gisan. ad *L.* 25. *h. t. n.* 5.

ferre debeat, quod illi permittendum est. Tum enim enim definit esse, quæ in illo arguatur, inconstantia.

X. Cum autem has caussas esse dicamus ad revocandam, aut retinendam litis contestatæ procurationem, nempe hoc dicimus etiam eas allegari debere, & si negentur, debere probari, ut semper exigitur probatio ab eo, qui dicit. *L.* 2. *D. de prob.* Si ergo de his erit controversia, ut res iudicanda sit, quis erit eius controversiæ iudex? Iudex, dixerit aliquis, apud quem caussa principalis per procuratorem agitur, quoniam ita ius sit, ut pertineat ad officium iudicis qui de re principali cognoscit, omnem incidentem quæstionem, quæ in iudicium devocatur, examinare. *L.* 1. *C. de ord. iudic.* Immo hæc cognitio procuratoris mutandi prætoris est, inquit Ulpianus *d. L. in caussa.* vers. *hæc autem cognitio.* Quo significat, si apud prætorem ipsum agitur, ut sit idem & prætor, & caussæ principalis iudex; eum qui caussæ iudex est, etiam de caussis mutandi procuratoris iudicem futurum. Sin prætor in caussa principali iudicem dederit, non esse huius iudicis cognitionem de caussis mutationis, sed prætoris qui eum dedit; ut ad eum quoque in hac parte redire oporteat. Non sane, quod ad iudicis quoque dati non pertineat omnis quæstio, quæ in iudicium incidit; sed quia [10] hæc quæstio de mutando procuratore extra iudicium est iudicis dati: cum eius iudicium inter certos litigatores conclusum sit; quos ista mutatio removet, & alios statuit.

XI. Sed quæcunque caussa erit ex superioribus ad removendum procuratorem, etiam ad eam potestatem hoc exigit prætor, quod quarto loco expendendum esse diximus, ut dominus moteat procuratorem, vel iudicium in se transferat, *d. L. post litem,* 17. *de proc.* Hoc eam vim habet, ut dominus priore procuratore remoto possit alterutrum ex superioribus facere. Quod si post litem contestatam velit simpliciter removere procuratorem, quanvis removeat ob supra scriptas caussas; tamen invito adversario nihil agat, sed nihilominus maneat procurator, qui prius fuerat, tanquam non mutatus: quod edictum exigit. Unde & quæcunque postea cum eo acta erunt, rata futura sunt.

Utrumque ideo, quia interest adversarii habere, cum quo de iure suo experiatur. At utrum eundem habeat, quem dominus adversarium primo dedit, an alium dum idoneum, nihil eius interest. Mutare procuratorem generaliter est, priore procuratore remoto vel se ipsum in eius locum, vel alium procuratorem dare: ut mutatio procuratoris etiam translationem iudicii in dominum contineat. Sic usurpat Ulpianus in *d. L. in caussa,* vers. *hæc autem,* qui cum de potestate mutandi procuratoris, transferendique in dominum iudicii prius locutus esset, in eo loco quem dixi, ita subiiciat, *hæc autem cognitio procuratoris mutandi, prætoris est.* Mutationis verbo videlicet utrumque superius complectens, atque hac significatione hoc verbo huc usque usi sumus. Proprie vero mutare procuratorem est, priore procuratore remoto alium procuratorem dare, seu quod propius ad vim verbi accedit, pro uno procuratore alium dare. Transferre autem a procuratore iudicium in se est, priore procuratore remoto ipsum qui removit, idem iudicium subire, non alium dare. *L. ante, de procur.* quo sensu ista distinguuntur in edicto, certe in *d. L. ante, L. post litem.*

XII. Hæc mutatio & translatio iudicii ita fit. Si actor procuratore quem prius dederat remoto alium dat, sufficit dicere quod in re est, se hunc posteriorem in prioris locum substituere. Si iudicium in se transferre vult, sufficiet & hoc ipsum de facto suo testari, ut dicat actor, se cœptum a procuratore iudicium in se suscipere. Idem dicemus, etsi reus defensorem a se datum ita removeat, ut velit iudicium in se transferre. Quod si alium procuratorem ad defendendum dare velet, hic iuris perpetui forma exigit, ut novi defensoris caussa nova interponatur satisdatio iudicatum solvi. Est enim certi iuris regula, neminem idoneum defensorem esse sine satisdatione. *§.* 1. *§. ult. Inst. de satisd. L. qui proprio, §. qui alium, D. de proc.* Priore autem defensore remoto, simul satisdatio eius nomine interposita evanuit. Certe eo liberato etiam fideiussores eius nomine obligati liberantur. *L. in omnibus.*

XIII. Constituta hac mutatione quæretur de eius effectu. Is talis est cum in per-

10) Alia ratio Gifan. in *d. L.* 27. *n.* 3. Etsi, inquit, quæ post litis contestationem aguntur, in iudicio expediuntur, hæc tamen remotio aliquid imperii continere videtur, quod iudici pedaneo nullum. Alia A. Fabri *ibid.* quia, etsi regulariter de facti quæstione prætor non cognoscat, eius tamen auctoritas contemni videtur, si Procurator apud eum litem contestatus, atque ita dominus litis factus, sine caussa a se probata revocetur. Summaria vero hæc cognitio, non requirens solemnitatem processus, nec litis contestationem, Konig. *Process. P.* 1. *h. t. pag.* 131. Gail. 1. *Obs.* 46. *n.* 5. *& seq.* Citatio tamen adversæ partis, quæ revocationi resistere potest, necessaria *ibid. n.* 9. *&* 10.

persona remoti procuratoris, tum in iis quæ ab eo acta, quæsitave sunt. Ipse ita desinit esse procurator revocato domini mandato, ut quæcunque cum eo agentur postea, domino non noceant; ut accidit in omnibus quæ geruntur præter mandatum: multoque magis, si quid contra. *L. ignorantis, D. de proc. L. si procurator, C. eod.* Sed & idem hoc consequitur, ut si cum rei defensor esset, satisdederit iudicatum solvi, remotus liberetur, qui solum tanquam procurator defendere & condemnatus iudicatum facere debuit: atque eo liberato liberantur una & fideiussores, ut paulo ante dixi. Quod attinet ad ea, quæ prius cum eo in iudicio acta sunt, ea nihilominus rata manent; sic tamen, ut si qua obligatio per occasionem iudicii ab eo contracta est; veluti, si [11] procurator actoris cum esset, stipulatus sit a rei defensore iudicatum solvi; desinat quidem directa actio illi competere; at ipsa stipulatio committatur nihilominus, cuius actio utilis transferatur ad dominum, siquidem ipse iudicium in se transtulit; sin procuratorem dedit, etiam in ipsum procuratorem: quæ sententia est *L. in caussa, §. ult. de proc.*

XIV. Illud observandum, quæ de procuratore post litem contestatam ex supra scriptis caussis mutando diximus, dicta esse de procuratore vivo & in civitate manente: quod expressum est in *d. L. post litem, de proc.* Consulto; quoniam si procurator mortuus est, aut vivus civitatem amisit captivitate vel deportatione, is satis remotus est sua sponte: ille natura, qui in totum esse desiit: hic iure civili Romanorum, quo captivi facti servi hostium, & deportati desinunt esse in numero civium Romanorum, quam ob caussam iidem in iis, quæ sunt civium, pro mortuis & nullis habentur, *§. cum autem, §. si ab hostibus, Inst. quib. mod. ius pat. potest. solv. L. quod attinet, D. de reg. iur. L. 1. §. pen. D. de bon. poss. con. tab.* Ideo nec procuratores esse possunt, quod est officium civile. *L. feminæ, D. de reg. iur.* Procuratore autem de medio sublato, stulte aliqua caussa [12] quærantur ad eum removendum, qui iam satis remotus est, atque adeo qui natura aut iure civili esse desiit. Et tamen procuratore post litem contestatam ita remoto, intelligendum est non minus licere priori domino alium procuratorem dare qui iudicium prius cœptum persequatur, aut idem iudicium in se transferre. Quid enim interest, voluntate domini remotus sit procurator, an alio modo, quo pariter procurator esse desinat? Utrum horum faciet dominus, mutatio & translatio iudicii eamdem hic vim habebit, quam supra. Si neutrum facere volet, illi [13] liberum est; nec eo iudicio tenetur, quod ille non suscepit, & in quo lis cum eo non est contestata.

CAP.

11) Ad quod vide *supra Cap. 14. N. 11.*

12) Non omnino. Iusta enim dubitatio, an ad heredes suos Procurator inchoata transmittat. Quod olim obtinuisse lite contestata, probat, *L. 1. C. Th. de cognit. et Procur.* idque, ceu videtur, ex mero iure, quia heredes, in dominium litis quæsitum, defuncto succedere debeant. Contra deinde sancitum est *L. ult. C. Th. d. t.* Quod & Iustiniano placuisse, probat Gifan. ad *L. 23. C. h. t. n. 5.* inde quia cum *d. L. 23.* desumpta sit ex *d. L. 1. C. Th. d. t.* verba illa: *et ad heredes suos inchoata transmittere*, studiose omissa.

13) Non probo. Sic enim sæpissime iudicii actus, plures fierent elusorii sine adversarii culpa, & cum eiusdem damno manifestario. Quin in *d. L. ult. C. Th. d. t.* habetur, quod si Procuratorem mori contigerit, statim ad eum, qui dominus caussæ fuerit, migrent omnes actiones, id est omnes actus iudicii, quos Procurator gessit. Et itaque iudicii translatio in dominum fiet ipso iure. Quod & probat *L. 57. de iud.* Si enim Procuratore rei mortuo, transactio datur in eum, quem defendit, id est si, is, iudicium cœptum persequi, & ad finem producere cogitur, ut exposui *supra Lib. 17. C. ult. n. 14.* magis mortuo Procuratore, actoris dominus desiderante adversario, in lite persistere cogetur, per *L. non debet actori licere 45. de R. I.* Unde nec novam litis assumptionem, ceu usu invaluit, iure requiri magis est. Confer. *supra C. 12. N. 25.* add. P. Fab. 2. *Semest.* 13.

C A P. X V I I I.

De effectu procurationis impletæ: seu Quatenus in procuratione litis procuratoris factum domino prosit aut noceat: & numquidnam etiam prosit aut noceat procuratori.

I. ATque hæc mutandi procuratoris potestas est, hic mutationis exitus. Quod si procurator recte datus & volens, nec mutatus erit; & caussam pro fide suscepta peregerit; restat, ut erat propositum, quod in hac de procuratoribus quæstione postremum ordine occurrit, de quo quæratur, Quis huius procurationis impletæ effectus sit: seu, quid factum procuratoris in ea administratione aut domino, prosit, si quid in eo commodi est; aut domino noceat, si quid est in eo incommodi: & numquidnam etiam prosit aut noceat procuratori. In summa, procurationis litis commodum, incommodumve ad quem redeat, dominumne, an procuratorem: quam quæstionem apparet communiter ad dominum & ad procuratorem pertinere. De quo sic habendum est. Si procurator ad litem datus fecerit quid in ea lite aut extra litem præter mandatum, id tale est, ut domino non noceat: quippe [1] ignoranti, aut invito: cuius conditio deterior neque per procuratorem, neque per alium quemquam fieri debet. *L. ignorantis, D. de proc. L. solvendo, D. de neg. gest.* Veluti, si procurator ad certam speciem constitutus de alia [2] egerit. *L. si procurator, C. eod.* aut si ad agendum tantum datus, de caussa [3] pactus sit aut transegerit cum adversario. *L. transactionis placitum. C. de pact. L. sed si tantum, D. eod.* Atque ut procuratoris actio, pactiove extra mandatum domino non nocet; ita consequens est nec prodesse. Eius est enim prodesse, cuius & nocere. *L. rescriptum, §. ult. & L. seq. D. de pact.*

II. Quod si procurator pro officio suscepto litem exsecutus est; quodcunque per occasionem eius iudicii commodum ab eo quæsitum erit, id vi ipsa ad dominum pertinet, cuius nomine actum est.

III. Si quod autem incommodum ab eo susceptum est in ea lite, id non æque dominum onerat; sed alias ad dominum spectat, interdum ad procuratorem.

IV. Commoda quæ per occasionem iudicii a procuratore eodemque domino litis quæri solent, sunt hæc; actio, & exceptio. Actiones a procuratore actoris quæri solent duæ; ex stipulatu, & actio iudicati. Ex stipulatu, cum hic procurator cum defensore rei agens stipulatus est ab eo iudicatum solvi. Iudicati actio, cum reus illi condemnatus est. Nam si iudicio contrahitur sicut stipulatione, ut traditur in *L. 3. §. idem scribit, D. de pecu.* necesse est lite a procuratore agente contestata, & iudicio ab eo accepto acquiri ei iudicati actionem adversus reum condemnatum, non aliter quam si id ipsum iudi-

1) Secus est, si sciens fines mandati excedere passos sit, vid. *supra Cap. 13. N. 25. sub fin.*

2) Item si simpliciter datus, peregit ea, quæ speciale mandatum exigunt, vid. *supra Cap. 12. n. 33.* Quin, & si cum generali administratione, & libera constitutus, exceptioni peremptoriæ renonciare, eamve omittere non licere, vult Chil. Konig. *P. 1. h. t. pag. 149 & seq.* Contra datum, cum generali clausula quod facere possit, quicquid ipse dominus, si præsens esset, posse liti & caussæ renunciare, post multam disceptationem, iudicatum in Senatu Arragoniæ, testatur Martin. Monter. de Cueva *Caussar. Civil. Decis.* 28.

3) Secus si omnium rerum Procurator, *L. 12. de pact.* Sed & in illis ipsis negociis, quæ mandata (intellige simpliciter) factum Procuratoris, nocere domino, scribit Ant. Fab. ad *L. 49. h. tit.* sive pactus sit, *L. 10. §. ult. L. 12. de pact* sive iusiurandum detulerit *L. 17. §. ult. de iureiur.* At imo *dd. LL.* speciale mandatum ad hoc exigi probant, nisi universalis sit Procurator. Quin, etsi sit universalis, excipitur nisi donandi animo pactus sit *L. 28. §. ult. de pact.*

iudicatum ab eo solvi stipulatus esset. Quo ergo iure hæ actiones ab illo quæsitæ habentur? Directa nimirum illi acquiritur, quæ summo iure alii quam stipulanti, & paciscenti quæri non potuit. Sed domino ex his caussis acquiritur utilis; & quidem ita, ut sola hæc valeat, illa penitus tollatur; certe procuratori sit inutilis: singe enim procuratorem ex his caussis egisse invito domino, tamen [4] domino ex iisdem caussis integra erit actio. Quæ res facit, ut si procurator ex his caussis experiatur directis actionibus, possit a reo exceptione summoveri; hæc propemodum Ulpianus in *L. si procurator*, 28. & *L. in caussa*, 27. in fin. *D. de proc.* Et non in litibus tantum, sed generaliter in omni administratione procuratoris ita placuit; quod procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur, id dominum invito procuratore petere posse: quæ definitio Papiniani est in *L. quod procurator*, 68. *D. de proc.* de hoc genere acquisitionis, quale esset, & quam conveniens cum regulis iuris, quæ vetant alteri per alterum actionem acquiri, scripsi suo loco ad *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Exceptio a procuratore rei acquiritur, cum is procurator absolutus est; hinc enim rei iudicatæ [5] exceptio, quæ proposita est omnibus, qui absoluti sunt sententia iudicis. *§. item*, *Inst. de act.* Etiam per defensorem hæc exceptio acquiretur domino, ut is non minus ea uti possit, quam si per se ipse agens esset absolutus. *L. si mater*, *§. hoc iure*, *D. de exc. rei iud.* Et certe si per procuratorem ex re domini acquiritur actio domino: multo humanius & favorabilius est, ut ei convento acquiratur per procuratorem exceptio. *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. iur.* Itaque ut de actione prius generaliter definivimus, quod procurator ex re domini stipulatus sit, id dominum invito etiam procuratore petere posse; ita & de exceptione per procuratorem domino acquirenda exstat generalis definitio in *L. quacunque*, 50. *D. de proc.* in hæc verba: *quacunque ratione procurator tuus* (de reo loquitur), *a me liberatus est, id tibi prodesse debet*. Nempe per exceptionem, quæ tibi quæsita est illius beneficio.

V. Incommodum quod ex procuratione existere potest, duplex est. Versatur enim aut in obligatione per occasionem litis a procuratore suscepta; aut in damno litis, quod opera negligentiave eius contigit. Obligatione per caussam litis obstringi solet defensor rei. Ea item duplex est: ex stipulatu, si ipse satisdedit iudicatum solvi; & iudicati, si ipse condemnatus est: quomodo eum condemnari oportet, non dominum. *L. 1. C. de sen. & interl* Harum obligationum incommodum interdum ad dominum redit, interdum solum tenet procuratorem: dum ex his obligationibus alias datur actio adversus dominum, alias solus tenetur procurator, non dominus. Duo sunt genera defensorum, quos placet ex his caussis conveniri, non veterem dominum, qui actionem mandavit: procurator in rem suam datus, & defensor alienæ rei, qui se liti obtulit. *L. Plautius*, *D. de proc. L. 4.* in pr. *D. de re iud.* Procurator in rem suam est cui actio a vero creditore cessa est, ut eam sibi haberet, sibi & commodo suo eam exerceret. Hic vere est dominus actionis, *L. quæ omnia*, *L. procuratore in rem*, *D. de proc.* ut merito ad eum rei suæ commodum & incommodum suo nomine pertinere debeat, quæ rei propriæ definitio est, in *L. 1. §. in propria*, *D. quan. ap. sit.* Offerre autem se liti intelliguntur defensores duo. Unus, & is quidem citra dubitationem, qui sine mandato ultro absentis defensionem suscepit, & cum de more iudiciorum aliter admitti non posset, satisdedit iudicatum solvi. Alter, cui mandata quidem est defensio, sed cum adversarius pergeret agere, & dominus præsens non esset, ipse qui defensionem suscepit, cum sciret a domino cautum non esse, non exspectata eius cautione ultro satisdedit. Sic hi describuntur in *d. L. Plautius*, *de proc.* ut dicendum sit, quisquis procurator domini defendendi caussa ultro satisdederit iudicatum solvi, eum se liti obtulisse videri. Ex quo est quod Ulpianus scribit in [6] *d. L. si procurator*, 27.

4) De actione ex stipulatu, domino danda, vid. *supra Cap. 14. N. 4.* & huc transfer. Actionem iudicati directam, etsi Procuratori dari neget A. Fab. ad *L. 28. h. t.* per *L. 6. §. ult. Quod cui univ. L. 56. de sol.* Qui & inde motus, pro *cum agit iudicati* in *d. L. 28.* reponit, *non agit*. Ex meri tamen iuris ratione non potest non competere, arg. *L. 39. §. 1. h. tit* quia certe Procurator ipse litem contestando quasi contraxit, sibique inde obligationem quæsivit, quæ necesse est, ipsi actionem pariat *L. 42. §. 2. hoc tit.* Nec obstant *dd. LL.* in contrarium adductæ. Negant enim dari, iudicati actionem, scilicet efficacem, cum exceptio repellatur *d. L. 28. hoc tit.* Facit *L. nihil interest 112. de R. I.*

5) Ex parte, tum actoris, tum rei, *d. §. 7.* huius si in consentione, illius, si in reconventione, absolutus Procurator. Sed & quæ extrinsecus, ob eam rem, seu litem consecutus Procurator vel, quæ non ex mandato, sed occasione mandati habet restituenda domino, etsi iniuria iudicis, non debitum consecutus *L. 46. §. 4. hoc tit.* Facit *L. 8. §. 1. de neg. gest.* Et ratio in *L. 52. de pet. her.* Ant. Fab. in *d. §. 4.*

6) Unde magis adhuc refellitur correctio, Ant. Fab. ad *d. vers. per contrarium* confutata *supra Cap. 14. N. 14.*

27. *D. eod.* si procurator meus indicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actionem non dari. Sed etsi defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actionem non dari; quia nec iudicati mecum agi potest. Nempe hæc ideo, quia omnis defensor meus, qui ultro satisdedit, se liti obtulit: quod qui fecit, conveniri ipse debet, non dominus ex definitione superiore. *d. L. Plautius, de proc.* Ideo autem placet eum defensorem teneri, quia ipse ultro vinculum obligationis in se suscepit; cuius onus sponte susceptum postea frustra recuset. *L. procurator, 67. L. autep. D. de proc.* Placet teneri solum; quia cum de ea obligatione suscipienda nihil ei a domino mandatum sit, dominum invitum facto suo onerare non potuit. *L. ignorantis, D. eod. L. si procurator. C. eod.*

VI. Quod si quis procurator alienæ rei in ea caussa sit, ut se liti non obtulerit; quod accidit ei, qui ad litem suscipiendam a domino datus est, pro quo etiam consentiente dominus satisdedit: is neque teneri potest ex stipulatu, quo se non obstrinxit, neque in eum condemnatum datur iudicati actio, sed in dominum, 7 *d. L.* 4. in pr. *D. de re iudi. d. L. Plautius, de proc.* Non obstat, quod hic defensor condemnatur, *d. L.* 1. *C. de sent. & interl.* & iudicio suscepto hanc iudicati obligationem in se suscepit, *d. L.* 3. *§. idem scribit, D. de pecul.* Verbis enim [8] suscepit, unde & in eum directa actio esse potest: re autem vera & ex sententia contrahentium non suscepit, quia aliud actum est. Cum enim dominus ipse eum dederit procuratorem, & pro eo consentiente tanquam dominus rei de qua agitur, satisdederit actori, satis aperte id agi intelligitur, ut ipse domini partes in eo iudicio retineat, ac propterea omne commodum & incommodum eius iudicii ad eum redeat. Iam vero etiam in stipulationibus id sequi oportet, quod actum est: *L. semper in stipulationibus, D. de reg. iur.* inde præterquam quod actum est, quisquam obligatur. *L. non omnis, D. si cer. pet.* aut si quis summo iure obligari putat eum, qui verbis aut lite contestanda quid cavit: at certe semper doli mali exceptione uti potest, a quo quid petitur non ex stipulationis cautionisve sententia. *L. 2. §. ult. D. de verb. obl.*

VII. Alterum genus incommodi, quod a procuratore nasci solet, est in eo si procuratoris facto, puta absentia, aut collusione cum adversario, aut negligentia caussa amittatur: dum his factis aut procurator actoris patitur reum absolvi, aut defensor se condemnari. Quæritur, ecquid hæc facta domino noceant, ut quanvis procuratoris culpa vel dolo factum sit, ut adversarius vinceret, nihilominus tamen res iudicata valeat; ex qua non minus iudicati actio in reum detur defensore eius condemnato; nec minus adversus actorem eumdemque dominum procuratoris victi reo absoluto exceptio. Et de eo ita scriptum est in *L. si procurator, C. de proc.* & si quid procurator qui plenam agendi potestatem habuit, fraude vel dolo in caussa egerit, non ideo rem iudicatam oportere rescindi. Quo significatur, nihilominus eam valere, perindeque ratam haberi, ac si sine dolo procuratoris res iudicata esset. Cui iam illa sunt consequentia; ut factum procuratoris hic ad victoriam domino noceat: ut defensore rei condemnato æque in dominum detur actio iudicati; ut reo absoluto, æque ei acquiratur exceptio rei iudicatæ adversus dominum procuratoris dolo suo victi. Nec mirum rem iudicatam non minus hic valere; cum sententia lata sit adversus eum procuratorem, qui lite contestata dominus litis factus est: ut proinde potuerit pro potestate sibi quæsita de lite sua ut voluit statuere. *L. in re, C. mand.*

VIII. Solum hoc domino relinquitur, ut possit eo nomine agere cum [9] procuratore, ut est in *d. L. si procurator, C. de proc.* Est autem in eam rem domino actio mandati: *L. qui proprio, §. procurator, D. eod. L. si procuratorem,* 8. *§. 1. D. mand.* quo iudicio [10] procurator non solum dolum, sed & omnem culpam-

7) Vid. *infra Lib. 27. in explicat. d. L. 4. de re iudic.*

8) De quo tamen varie DD. nostri sentiunt, & tractant, vid. Sichar. ad *d. L.* 1. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 20. Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. tit. de Procur. Resol.* 14. Plane *d. L.* 1. non servari in Camera, testatur Gail. 2. *Obs.* 102. *n.* 7. ac Myns. 6. *Obs.* 11. & iura Canonum has subtilitates non curare, Moller. 1. *Semestr.* 24. *n.* 2.

9) Quod declara, si modo plena potestas agendi fuit Procuratori *d. L.* 10. Id est, si vel cum libera datus, vel clausula ratificationis mandato inserta, per *not. supra Cap.* 12. *N.* 28. Negligentia Procuratoris, error, confessio &c. quando noceant domino, pluribus Io. Bapt. Costa. *de Factis scient. & ignor. Inspect.* 52. Vincent. Caroc. *Decis.* 60. Hart. Pistor. *Lib.* 1. *Quæst.* 36. Fachin. 10. *Contr.* 97.

10) Procuratori quoque litis impendia, bona fide facta restitui debent *L.* 46. *§. pen. h. t.* scilicet contrario mandati iudicio, nisi dominus litis solvendo non sit, ubi recte desiderat, ut ex iudicatione de iis sibi satisfiat *L.* 30. *h. t.* Hoc igitur caso actio iudicati directa, Procuratori efficax. Etsi aliter exponat Ant. Fab. *ibid.* quod videlicet contraria mandati actione, quæ bonæ fidei est, id consequatur Procurator, ut ea commodo iudicationis potius, quam aliis bonis sibi satisfiat, non quia in illo tacitum pignus habeat, sed quia fructus non sint, nisi deductis impensis. Itaque non fiat iniuria, per hoc creditoribus aliis, forte privilegiariis, aut hypothecariis, argum. *L.* 6. *Qui pot. in pig.*

pam præstare debet. *L. procuratorem*, *L. a procuratore*, *C. mand.* Sane si procurator non sit solvendo, & collusione aut aliter dolo malo rei factum sit, ut absolveretur, in eum de dolo [11] actio dabitur. *L. & eleganter*, §. *pen. D. de dol. d. L.* 8. §. 1. *D. mand.*

11) Item exceptio doli, si Procurator rei dolo caussam perdiderit *L.* 11. *de dol. exc.* Sed quid si sine dolo victus non solvendo, ut actio mandati contra eum inanis sit? Restitutione in integrum, domino succurri, statuunt Gail. 1. *Obs* 45. *n.* 6. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 36. *n.* 7. *& seqq.* & ita usu obtinet. Contra Gisan. ad *L.* 10. *C. h. t. n.* 4. quia hic nulla caussarum, ob quas maiori datur restitutio. Et ubi victoris nulla fraus intervenit, iniquum est culpam alienam illi nocere; æquius est, ut noceat domino, cui imputari potest, quod tali commisit negocia *L.* 23. *in fin. de min.* Quin & *d. L.* 23. vers. *si a.* minori demum hoc casu ita subvenire probat, uti & Ecclesiæ *Cap. cum venissent* 2. *in fin. ext. de in int. rest.* Quos obices, responsiones H. Pist. *d. Q.* 36. *n.* 8. vix satis removent.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LBER DECIMUS NONUS.
CAPUT I.

Quæ res in iudicium deducantur, In his primam esse ab actore actionem. Quid sit actio.

Propositum auctoris, transitio, atque ordo. I.
Res in iudicium deducendæ duo, & quæ illarum methodus. II.
Actio quid sit. III.
Definitio per partes exposita. IV. V. VI. VII.
Nec ea augustior definito, continet ideo accusationem, actionem popularem, & iniuriarum; & quomodo. VIII.
Nec item latior: illi convenit & persecutionum, quæ habent minus actionis gradus triplex. IX.
1. *Actio omnis in rem*. X.
2. *Præiudicia, interdicta, prætoriæ stipulationes, & in integrum restitutiones*. XI.
3. *Persecutio earum rerum quæ præstantur officio iudicis*. XII.

I. Dixi de personis ad indicium pertinentibus; cum necessariis, in quibus sunt Actor, Reus, Iudex; tum adiuvantibus, in quibus Assessores, Advocati, Procuratores, & si qui sunt, qui alieno nomine suscipiunt actionem vel defensionem. Et dixi, non ut intelligeretur; quibus personis iudicium constaret, aut quorum opera in iudicio esset necessaria; quod quotidiana experientia, & rerum natura atque usus satis per se docent; sed ut intelligeretur id, quod est de iudicio ab omnibus partibus recte constituendo propositum, quid horum unicuique iure concedatur, quo pro ea persona quam in iudicio suscipiunt, iudicio consistere possint invito adversario; quid denegetur ne possint; scilicet ut si quid hic leges superiores de personis concedunt, norimus, quid hic possimus nobis sumere, cum opus est, & sumptum pro facultate iure tributa nobis tueri. Si quid denegant, sit constitutum, ubi liceat id usurpantem sive adversarium iudicem non pati, & pergentem iusta defensione summovere. Constat vero iudicium, ut proposui, non solum personis, sed etiam rebus. Personis, inter quas, & apud quas agitur: rebus, de quibus inter eas ipsas agitur: ut sint personæ, caussa efficiens iudicii: res materia, in qua iudicium versatur. Primus locus est natura personis, utpote a quibus iudicii initium & tanquam efficientia nascitur. Proximus rebus, cum nisi de re aliqua inter aliquos agi non possit, coniunganturque hoc modo istoque ordine in actione personæ agentium, & res de quibus agitur, in §. 1. *Inst. de action.* Quare primo loco personarum exposito, sequitur, qui proximus locus est, ut de rebus iudicii propriis cognoscamus.

II. Res quæ in iudicium privatum deducuntur, duæ sunt; ab actore actio, & si quid

si quid actionis vim habet; a reo exceptio, & si quid exceptionis vicem obtinet. Ut autem in personis primæ partes sunt actoris, qui iudicium movet: sic in rebus iudicii primæ partes sunt actionis, quæ ab actore movetur, & sine qua nulla esse potest exceptio. Proinde & hic naturæ ordo postulat, ut ab hac ordiamur.

III. Actio nostris sic definitur, ius persequendi iudicio, quod sibi debetur: exstat definitio in *L. nihil, D. de oblig. & action.* & *Instit. de action.* in princip. Definitionem exposui pluribus in commentario ad eum titulum. Nunc pro loco explicationem paucis perstringam.

IV. Actio est ius, [1] idest potestas iure tri-

1) Ita Donellus noster *ad pr. I. de act. n.* 5. Mynf. *ib. n.* 2. Ufill. *n.* 2. Coraf. *n.* 5. Mudæ. *n.* 53. Henning. Hammel. *n.* 25. Loriot. *de Apicibus iuris Tr.* 5. *de Actionib. Axioma.* 2. Suarzenthaler. *Lib.* 1. *Process. iud. C.* 5. *n.* 3. Claud. Battand. amplius *Tr. Legitima Praes. n.* 8. legendum esse, *vis*, non, *ius*, contendit. Contra alii ius formulam interpretantur, Cuiac. *in not. ad pr. l. h. t. & in Comm. posthumis ibid.* Hot. & Hortens. *ibid.* ac Vult. *n.* 95. *& seqq.* Vacon. 6. *Decl.* 87. *n.* 53. *& Decl.* 88. *n.* 8. Val. Guil. Forst. *Tract. Iustin. Par.* 2. *Disp.* 5. *Th.* 5. *lit. B.* Nec desunt, qui statuant alterutri expositioni omnino adhærendum, quasi nec diversæ ab utraque significationi locus sit. Ego vero iam diu persuasum habeo, neutram definitioni convenire. Quod quam potero, planum & dilucidum reddam. Ac priorem quidem satis commodam non esse, ita ostendo. Quia *& actio, seu ius persequendi, sæpius sine facultate agendi.* Nam cum obligationes *L.* 42. §. 2. *de procur.* & conventiones *L.* 7. *pr.* §. 1. *&* §. 4. *de pact.* actiones (in personam) parere dicantur (unde non penitus inconcinne a DD. vulgo obligationes, matres harum actionum dicuntur, resistente licet A. Guib. QQ. *Iur. C.* 20. *n.* 7.) easdem obligationibus cooriri consequitur. Unde ingressu contractus, seu cum primum orta est obligatio, actio inchoari dicitur *L.* 27. *in fin. de R. I.* iunct. *L.* 7. §. 5. *de pact.* (ut recte exponit P. Fab. *ibid. p.* 162. *& seq* licet, pro *actio*, *obligatio*, reponere malit.) Neque enim mater, quoad respectum relationis, prior, aut antiquior est filia. Est autem actio personalis, ille ipse respectus, quem obligatio habet in creditore, ut Greg. Lopez. *Animadv. C.* 10. vel ut magis sentio, quoddam eius consequens & effectus adæquatus. Obligatio enim in persona obligantis, est ius, propter quod persecutio datur & actio habetur; actio vero ipsa, ius, quo persequi licet, & remedium obligationis exequendæ. Unde efficitur, quod posita obligatione, actionem quoque poni necesse sit. Quare, cum tutor obligatur ex mala gestione, itemque cum ipse in res, vel negotia pupilli utiliter impendit, eumque sibi obligat, statim quoque actio nata sit oportet. Atqui neutrius exercendæ facultas, nisi finita tutela *L.* 4. *pr. de tut. & rat. distr. L.* 1. §. 3. *de contrar. tut. act.* Stipulatione in diem concepta, obligatio præsens est, ut prob. *supra Lib.* 15. *C.* 8. *N.* 4. Indeque confirmatur, quia ita debitum, per solutionem tolli potest, ante adventum diei, ut *supra Lib.* 16. *C.* 11. *n.* 3. Solutio autem nequit anterior esse obligatione, quam exstinguit. Natura siquidem pugnat, rem quampiam, priusquam nata sit, denasci. Præsens itaque & actio, seu ius persequendi. Atqui potestas persequendi, sive ut Mynsing. & Hammel voculam, *ius*, hic exponunt, facultas legitima necessariam iuris exsecutionem habens, præsens non est *d. C.* 8. *n.* 4. alias non diceret Iurisconsulti & Imperator peti non posse *L.* 8. *L.* 138. *de V. O.* §. 2. *I. eod.* Verum collata in tempus futurum. Itaque ius anterius est potestate, quæ ex iure, sive eius exercendæ. Ius etiam futuram potest respicere executionem: potestas non nisi præsentem facultatem: posse enim dicor, quod nunc possum, non quod aliquando potero. Tacen quod tempore feriarum & iustitii, seu diebus non disceptatoriis, potestas agendi iure deficit *t. t. D. & C. de feriis.* Quomodo Macrob. 1. *Sat.* 16. feriis agi non licere. Ius vero ipsum persequendi non deficit, alias impedimento durante sublatum, eo remoto, reciperetur, ac quasi reviviscetet, contra certissimam iuris regulam *L.* 98. §. 7. *de sol. L.* 27. §. 2. *de pact. L.* 10. § 9. *de in rem verso*. Ac si quis diceret, neque facultatem hic tam deficere, quam impediri, aut suspendi: ei reponerem, ius tamen persequendi, nec apte dici posse, quod impediatur, (licet eius exercitio impediatur, qua facti) nec quod in suspenso sit. Sicuti tunc vere ipsum ius in suspenso est, quando eius, qui hostium potitus est, dubius est reditus, cum tempore, quo in aliena potestate est, omnia iuris fit incapax. Nec nimia etiam, nunc urgen, quod, qui, ex persona sua, iudicio consistendi facultatem non habens, illia equidem ius experiundi ex persona sua esse: cum potestas experiundi non sit. Sicuti & filiofamilias actionis iure quæsito, patri est agendi facultas, neque filiusfamilias cuius actio propria est, eam, dum in manu paterna est, movere *potest*, ut loquitur *L.* 5. §. *ult. C. de annali exc.* Et magistratui tempore officii sui experiri, iure non licet, & ita *iuris facultas* tunc deficit, quem iure ipso agendi destitui, nemo dixerit. Quid, quod aliquando mero iure actio habetur, & ita *ius persequendi*, sine ulla *iuris facultate*, aut exercendæ potestate. Sic nempe mandatis actionibus, cedens easdem directas retinet, quas, lite a Cessionario contestata, amplius exercere nequit. Plura id genus conquiri possent, si vacaret, aut curæ id pretium. Sed pergamus. Et contra facultas agendi sine iure. Quippe, mandato transfertur in procuratorem potestas exercendæ actionis. Ius autem actionis nec transire potest; sed ita ossibus eius, cui quæsita est actio, inhæret, ut ab eo divelli nequeat. Agere alieno nomine recte, & proprie dicitur procurator, quia vocula *agere*, respicit & facultatem & exercitionem, quæ facti est. Ac etsi alieno nomine agas, facultas tamen non est in alio, sed in ipso procuratore, qui eam habere dicitur *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* arg. a contrario. Eademque etiam *iure tributa* recte dicetur, quia si absque iuris permissu esset, mandari non posset, *supra Lib.* 18. *C.* 9. Actio ipsa proprie, & ius persequendi, plane non est in persona procuratoris; nec si adiicias, *alieno nomine*. Vere enim hæc secum pugnare deprehendes, qui apud animum perpenderis, ius habere, *alieno nomine*. Nec fingi potest, ut quis ius habeat agendi directo ex vendito, nisi qui emit &c. aliasve ius rei recta vindicandæ, nisi qui dominus est. Quod si quis dicet ius *agendi*, petendive esse procuratori *alieno nomine* idem ipse procuratorem esse *creditorem, alieno nomine, dominum alieno nomine* fateatur oportet. Quæ quam absurda sint, cuivis pervium est. Quid quod & coniunctis personis, potestas est agendi alieno nomine, eaque vere *iure tributa*, uti & aliis qui aliquam, sed non plenam, de mandato fidem fecerunt, licet non habeant mandatum exhibita cautione rati, ut *supra Lib.* 18. *C.* 12. Neutris vero ius persequendi alieno nomine esse, magis hic palam est; alias, domino litis suo facto incommodare possent, quod non ita est. (Qua ratione, ut parechasin brevem condones, non utor, quasi a contrario sentiam, si incommodare posset, uti potest procurator, eo ipso effici, quod *ius* persequendi haberet. Nam uti alias hoc argumenti genus parum efficax, ita eo in aliorum dictis carpendis, nullum vitiosius. Quod genus tamen cavillationis nostris, dum alteri alteros scabunt, solentissimum esse video & indignos. Non si quæ, in una specie eiusdem dispositionis, fortior ratio, quam in alia, quæque isti alii non convenit, ideo dispositionis vis alteri negatur, modo alia ratione, in eadem, idem efficiatur. Utque crassiori exemplo hæc declarem; Si dicam, Cras Titius Romæ non erit, alias, uno die 50. miliaria, quot Roma abest, ipsi conficienda erunt, ineptus eris inde me sensisse arguens. Si pauciora quam 50. forte 40. miliaria distaret, diei itinere confici ea posse. Sed a semita ad viam.) Non utar vero, in subsidium mutuata ratione a DD. qui volunt, & sine actione posse aliquem experiri quando ex iudicio speratur, actionem orituram. Quod illi probant, per *L.* 9. *de V. O.* post alios Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 6. *n.* 27. nec parum firmari videntur, ex iis *infra C.* 14. *n.* 8 Neque eo quod facultas personæ commodum, & incommodum respiciat *L.* 137. §. 4. *de V. O.* Etenim regeri posset, id de alia facultate, quam quæ iuris sit & *lege tributa* accipi. Non refragatur nobis *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* ex qua infertur, quod actio facultatem significet. Collectio aliena, quæ efficacius invertitur. Nam nisi fateri velimus, Iulianum ibi *ει ἐξ ἀρχῆς αἰτίας* actio a facultate conveniendi alia sit, oportet. Argumentatio ICti talis: Negotiorum gestor non habuit facultatem conveniendi iudicio debitores eius, ad cuius ne gocia acc ei-

tributa: ut usurpari hoc verbum a iuris auctoribus solet in definitionibus rerum incorporalium, quæ in iure versantur: ut cum dicitur usufructus esse ius utendi fruendi, iter ius eundi, actus ius agendi, & similia. *L. 1. D. de usufruct. L. 1. D. de servit. rustic. præd.* Ius potestas; ut intelligamus actionem quæ ius est, etiam multo ante nostram esse, quam eam in iudicium deducamus; quoniam & multo ante ea agendi potestas nostra est; iure videlicet nobis concessa. Qua ratione & ante actio in bonis nostris esse dicitur, *L. bonorum*, in fin. *D. de verb. sig.* Sic tamen

accessit, quia actionem nullam intendere potuit. Quare non potuit? Quia nempe nec nomine suo, cum sibi non habeat obnoxios debitores, nec nomine alieno, cum mandato procuratorio eum carere certum sit. Atque ita argumentatur illic non a iure agendi, sed a potestate intentandæ actionis deficiente, quæ non eadem est cum iure. Quippe illa tribuitur Procuratori; & si negetur, negotiorum gestori; hoc autem personam nunquam egreditur. Imbecillius telum ex *L. 5. §. ult. de dolo exc.* quod in auctorem, unde emissum, retortum eum fortius ferit. Dicitur ibi: actor in sua potestate habet, quando utatur suo iure; Quid inde? Ergo actionis genus, potestas. Quæ consequentia sit non video. Cum nec dixerit IC. quando *ea* (scilicet potestate) utatur: sed ius a potestate distinxerit. In potestate iudicis est, ut condemnet contumacem: ut iusiurandum deferat, vel non. Ergo ne condemnationis, delationis iusiurandi genus est potestas? Denique suam ipse interpretationem convellit Donellus *d. n. 5.* his similibus, ius suum persequi, obtinere, tribuere alteri. Quæ enim quam incommoda locutio, si dices facultatem suam persequi, obtinere eam, tribuere alteri potestatem quam immo a se, & a iore habet. Sane hoc recte noster in hisce, aliisque id genus, denotari quod iure constituto continetur, & alicui tribuitur, ita enim & ius in hac definitione, plane accipitur, sed minus scite idipsum *potestas* vocatur. Enim vero huius acceptionis auctores venia digni, qui non tam male sentiunt, quam minus commode eloquuntur. Vim quidem voculæ, *ius*, in definitione satis percipiunt; sed dum, convenientiori voce defecti, eam exprimi putant, per *facultatem legitimam* seu *potestatem iure tributam* in eo a vero deviant, dum quæ inde falsæ consequentiæ non perpendunt, quas si perpendissent, nec ita exponerent. Illi alteri vero, quibus *ius* est *formula* non tantum incommode loqui videntur. Enim vero inficias ire nolim ipsosque consultos, sed raro, formulas pro actionibus dicere, ut *L. 42. de furt.* Ulpian. *Tit. 19. §. 16. & tit. 25. §. 12.* Sicuti & Cicero *3. Offic. Nondum protulerat Aquilius de dolo formulas.* Apulei. *Lib. 9. nec familiæ erciscundæ, sed communi dividundo formula dimicabo.* Et Plin. *Lib. 9. C. 59* damni dati formulam dicit pro actione L. Aquiliæ, Briss. *5. de Formul. pag.* 386. Indeque ICti formulas scribere dicti, & formula cadere, qui causa, de quo alibi. Nec negare ausim, quandoque cum actiones dicunt ICti, formulas eorum intelligi, ut *L. 2. de O. I.* Liberalius largiar, quoties proditum est, prætorem actiones dare, (locos cum obvii sint congerere, nullius esse operæ) formulas has indicari. At non continuo efficitur, si hæc inter alias voculæ actionum notiones una est, propria ut eadem sit, quamque in definitione accipi conveniat. Si quidem plures sunt acceptiones, ut vid. *comm. 1 de act. in pr. n 4 N. 3.* quibus & hæc accensenda; a cæteris tamen in eo distans, quod illarum semper una diffusior, vel strictior altera, minorque latiori continetur, ut sint sibi invicem fere subalternæ, vel saltem eodem omnes genere conclusæ. Verum cum actio pro formula sumitur, nec unum, & idem genus habet, quod formulæ est, conceptionis verborum. Quæ sive literis perscripta, sive ore prolata, nihil minus est, quam ius, licet per abusionem ius dicatur, ut cum prætor dicebatur, in verba litis ius componere, sicuti liber Papirii vocatus *ius*, *in L. 2. §. 3. de O. I.* Quod & Hotom. agnoscit *in pr. L. h. t.* scribens pinguius factum esse, ut in definitione hac formula dicatur ius. Qui licet in eius sensu erret, non tamen in eo, quod formulam proprie ius esse, infitetur. Sint sane multi loci, quibus formula pro actione; plores quibus actio pro formula ponatur: Ast illi omnes oppido pauci, si conferas aliis infinitis, quibus actionem ita accipi non posse quilibet, re parum perpensa, uti ea, quæ oculis cernuntur, perspiciet. Veluti cum dicuntur actiones nasci, esse in bonis, alteri per alterum acquiri, alienari, mandari, cedi, præstari, vendi, donari, pignerari, ad heredem transire, ab heredibus incipere, successione & aditione hereditatis confundi, plures concurrere & quandoque una electa, aliam tolli, aut consumi, exhauriri, dividi inter fideiussores, inanes fieri egestate debitoris, extendi, extingui, initio inutiles eventu non confirmari, aliaque id genus plura; Quæ si singula locis iuris adscriptis comprobarem, otio & litteris abuterer, cum suis quæque sedibus, ubi habentur, promere in expedito sit. Sic etsi reperiamus formulam vulgarem, de dolo, damni dati &c. nec quisquam tamen apte pariter dicet, formulam famosam, hereditariam, mistam, perpetuam, temporalem. Quin etiam, an concinne dicatur formula in rem, in personam, ambigo; cum nec hic exempla veterum, quod quidem meminerim, adsint, & hæ actiones aliunde quam a formulæ conceptione nomen sortitæ sint, uti, *infra C. 2. N. 3. &c.* Iudicet iam quivis, tantumne sit ea rariori isto significatu, cuius exempla ex LL. aliisque auctoribus, studiose undique congesta, via ad numerum aliquem accedunt: anne a crebriori altero, cuius plus millies usus est, genus in definitione nostra constituere, aut exponere. Quod tamen nec eiusdem superioris generis, aut in eadem categoria, nec ὁμογενὲς foret, cum valde diffusum sit, & antiquis testamentorum, stipulationum, mancipationum, divortiorum, interdictionis bonorum, omniumque actuum legitimorum formulis, quin & aliorum, quæ nimis, quam a se invicem naturæ diversæ, æque solemnes fuerint formulæ, quarum plurimas, egregium Brissonii opus *de Formulis*, suppeditat. Nec concinnius actionis genus statuetur formula, quam cuiuslibet alterius actus solemnem formulam olim requirentis. Atque haud absimili fere ratione formula pro actione ponitur, quam qua tabulæ pro testamentis. Quæ tabulas non ita raro, ut hic, sed creberrime appellamus. Nec quisquam tamen inde tabulas genus testamenti esse contendit. Quin vel eo ipso, quod formulæ actionum dicuntur *tit. Cod. de form. & imp. act. sublatis* & iudiciorum, Cic. *de LL. & de Oratore* (ubi iudicia dicit, pro actionibus, ut alibi sæpe qualitates externas esse, arguitur, cum genus in recto casu, non in obliquis, & inflexis speciei attribui soleat: Quid quod ex iis locis, quibus formula actionis denotari videtur, quidam alium sensum recipiunt, ut dicantur formulæ de dolo, communi dividundo &c. per ellipsin, *actionis* verbo subaudito. Sicuti & alter Ulpiani locus videlicet *tit* 25. §. 12. nihil certi argmt. Sed mitto hæc & ad reliqua. Sed & male sentire. Statuunt enim actionem, quæ hic definitur, non haberi, antequam eius formula prætore adito, proposita vel perscripta, dato iudicio. In quo tamen inter se variant, Hotomannus formulam duplicem esse sentit (1) eius qui ad iudicium provocat, petitionem, & iudicii postulationem a prætore, quæ proprie sit actio (2) formulam prætoris, iudicium dantis, eoque Celsum definitionem accommodasse. At Cuiac. actionem esse, non illam formulam: *Aio te mihi dare &c.* Sed istam, quæ a prætore scribitur *L. Titius iudex esto, si paret &c.* Neutrum definitionis generi convenit. Neque quoad mentem Iustiniani & iure novo inspecto, quo tota veterum formularum solemnitas, radicitus amputata *L. 1. C. de form. & imper. act. subl.* Nam quod quidam, sublationem diffitentur, nec nisi accidentalem quandam mutationem agnoscunt, nec illi Imperatori ipsi Constantino quasi in faciem abloqui videntur. Qui non dicit amputandas *quatenus aucupatione syllabarum insidiantur*, sed *aucupatione syllabarum insidiantes*, quo innuit, insidiationem illam, anxiamque observandi necessitatem, causam suæ constitutioni magis dedisse, quam modum præstituisse. Nec ideo actiones in aliam versæ sunt naturam & substantiam, verum nudæ qualitates externæ, substantiam rei non egredientes, formaque, ut Goth. *ibid.* verbalia mutata. Plane nihil verius est, veteribus formulis sublatis, formulas actionum mansisse, ut Vult. *in pr. l. h. n.* 98. vel ut loqui malo, novas in locum veterum successisse, quæ & ipsæ, pro variante natura actionum quarumvis, variantes; alias confusio actionum statueretur, ut recte Vulteius. At non novæ actiones successerunt, sed priores integræ, nec imminutæ aut variatæ, constiterunt, maleque Cuiac. sublatis hodie formulis, in persecutiones extraordinarias omnes actiones mutatas esse, Quin etsi mutatas solum, aliquatenus formulas conviceris, neque

tamen actio agendi ius & potestas recte dicitur, ut ipsa ² persecutio qua illud ius agendi in actum deducitur, multo iustius dicatur actio: cum verbalia in io proprie actum ipsum verbi unde derivantur, significent: inde autem similitudine quadam ad potestatem ipsam agendi traducantur. Ex quo sensu recte in divisione iuris distinguuntur actiones a rebus, cum dicitur ius pertinere aut ad personas, aut ad res, aut ad actiones. *L. 1. D. de stat. hom.* ut sit sensus, aut ad persecutiones ipsas iudicii, quibus quod est iuris nostri tum in personis, tum in rebus nostris, iudicio agendo persequimur. Nam si actiones interpretamur iura persequendi, dicimus actiones quæ sint res incorporales; quæ sane novum membrum non efficiunt, sed ad prius pertinent. Et tamen posito actionis verbo in superiore divisione, quod significet ipsam iudicii actionem, seu persecutionem: recte nihilominus deinceps hic definitur actio ius & potestas agendi, ut ex iure nostro, qualis deinde futura sit, aut esse debeat iudicii persecutio, intelligatur.

V. Est *ius persequendi.* Apposite persequendi. Nam persequi est rem aliquam ad extremum sequi. Idest eo usque sequi, donec aut consequamur, aut certum fiat nos amplius consequi non posse. Id autem in omni actione, & iuris nostri persecutione accidit. Nam agendo eo usque ius nostrum persequimur iudicio, donec aut consequamur sententia iudicis, quod petimus, aut eadem sententia eius obtinendi spes nobis præcidatur: quorum alterum contingit condemnatione rei, alterum eius absolutione: estque hic iudicii exitus: hic enim definit in rem iudicatam. Res autem iudicata condemnatione vel absolutione rei finem controversiæ imponit. *L. 1. D. de re iud.*

VI. Est *ius persequendi* 3 *iudicio*, Iudicium

neque tamen, vel eatenus immutatas actiones, (quod isti consequens esset acceptioni) agnoscerem. Sed & series, ac contextus verborum Imperatoris in §. 1. *I. de act.* eorumque vis, mentem Imperatoris demonstrant. Dicit enim Iustinianus *per actionem* in personam *intendere* actorem &c. Quare cum hoc *intenditur*, actio iam præexistit. Atqui Cuiac. contendit verba ea quibus actor intendit, non esse veram formulam actionis, sed quæ a prætore, impetratur, & decernitur. Denique cum actiones aliæ certorum annorum termino circumscribi, aliæ triceannio tolli dicontur, formula intelligi penitus nequit. Nam immo lite contestata, formulaque composita, actionas temporariæ, alias, perpetuantur; contra a lite cœpta intra triennium terminanda est instantia, ut suo loco. Neque quoad mentem Celsi ac inspecto iure antiquiori. Quod convincunt adducta *supra vers. fius sane multi*, claroque ostendi potest actionis & formulæ nec olim caussas easdem fuisse, nec una extitisse, cœpisse vel intercidisse. Actionis in personam caussa, est obligatio, in rem dominium iuncta possessione conventi. Quæ caussæ has actiones parere dicuntur *L. 42. §. 2. de procur. L. 1. C. de al. iud. mut. cap.* Formulæ vero ex his certe caussis non oriuntur, sed ex Prætoris eas iudici & partibus præscribentis officio. Actiones, uti suis caussis adæquati effectus longe anteriores formulis. Illæ habebantur etiam, priusquam in iudicium iretur, imo etsi numquam iretur, donec dies exiret, quæ & extra ius alii cedi poterant. Nam ut Forcat. *Dial.* 82. *n.* 2. sicuti qui ius habet eundi, habet illud omni tempore, etiam quo non it, ita quoque qui ius petendi in iudicio habet, etiam antequam in iudicium actu veniat. Composita vero in litis verba formula prætor, ut Charond. loquitur 3. *Verisim.* 1. ex lege tantum, agendi genus formabat, ac concipiebat; ius litigantibus nullum tribuebat: sed ipsis quod haberent reddebat, nec actionem ita dabat quasi tunc nata ex eius officio profecta esset: sed ut videtur, legem exercendæ magis dicebat, modumque præfiniebat. Inanisque est argutia Hortensii *ad pr. I. h. t.* quod obligatio non pariat actionem per se, aut sine obstetricio prætoris officio, quod ius non pariat ius, sed exsecutionem fieri a prætore, ex eaque nasci novum ius speciale, ac diversum ab obligatione, quæ fuit, quæque in iudicio novata est. Quia, cum & olim editio actionum in iure fieret, utique edi eas necesse erat, ante litem contestatam, formulamque præscriptam. Cumque actionum instituendarum principium sit ab in ius vocatione; non esse eas solum, sed & institutionis initium sumi, ante litis contestationem, apparet. Atque ut plura, quæ suppetunt, desinam. Vera actio & ius persequendi nulli, nisi qui iuste agit, qui ex. gr. contraxit, dominusve est, *L. 23. pr. L. 49. §. 1. de R. V.* Formulas vero, sæpe olim impetrabant a prætore ii quibus nullum ius agendi. Quia de hoc, pro tribunali non inquirebatur, sed in subselliis, litisque progressu disceptabatur, eatuque iudicii patefiebat, utrius caussa esset iure superior. Neque hodie fere aliter actiones exercentur. Cæterum his ita profligatis, quodnam demum ius hic significat? Audi verba Azonis *summa C. de edendo* n. 2. Si instes, & quæras quid est hoc ius: Resp. non gaudet alio nomine: Ius enim alia multa habet significata, & hoc est unum de his significatis: Cui convenit Charond. 3. *Verisim.* 1. Ius hic ita usurpari, uti ius cognationis, affinitatis, prædii, aliaque. Et ita omnino est: Iuris hunc significatum, quem alio signato nomine uno efferre non datur, in pluribus, animadvertere licet, ubi nec sanctio legislatoris (quam inepte hic Accursius intelligit & fere Vacon. 6. *Declar.* 87. n. 7.) nec potestas, nec formula, aliudve quidpiam, quod eloqui facile aliter liceat, accipi potest. Ut cum dicitur de iure litigatoris quæri, aut pronunciari, ius persequi, obtinere, nulli detrahere, iure suo facere, ius dicere, reddere, aliaque eiuscemodi in quibus vim, vocis animo concipere facilius, quam verbis circumscribere. Ita *iure* experiri, non est *formula* experiri, qua experitur etiam qui calumniose agit, nec *potestate* experiri, quæ absurda locutio foret. Sed etsi caussam iustam, aut titulum interpreteris, minus, quam pro re dixeris. Quod & in nostrate lingua animadvertere est, cum dicitur, *ein recht zu etwas haben.* Ubi vim verbi *Recht* nulla alia voce una, satis idonee efferes. Aliquo tamen forsan modo sic declaratur. Ius active est sanctio iubentis legislatoris, vid. *supra Lib. 1. C. 4.* cuiusque hominum causa omne constitutum sit *L. 2. de stat. hom.* Ius quoque velut passive dicitur, quod istius iuris, seu legis beneficio quisque, cui lex consultum voluit, obtinet. Quomodo ius minoris, ut restitui possit, damnosi contractus ipsi non noceant: mulieris, ne intercessione pro alio obligetur. Neque omne regulæ isti assentior, quæ *supra Lib.* 10. *C.* 2. *N.* 2. quod vocula *ius* faciendi verbo adiuncta *potestatem* denotet. Nam & ius possidendi, aliud est a facultate eius tenendi, & ius accrescendi est heredi, cui & invito accrescit. Ex immo nec dominium, nec servitutem, aut usumfructum, nec pignus, superficiem, emphyteusin, aut quodcunque ius in re, nec commercium, nec obligationem, nec bonorum possessionem, ea ratione *iura* dici, quod sint *potestates iure tributa* sentio. Quæ singula latius comprobarem, nisi prolixitatis tædium vererer, & vel iam nunc veniam deprecandam censerem, qui præter institutum meum in hoc opere, quo brevitatem ubique summopere sector, hisce tricis longius paulo immoratus fui.

2) Lonor. *de Apicib. iur. Tr. 2. de action. axiom.* ipsa ait, persequutio, in facto consistit, distans ab actione, quantum obligatio a contractu, add. P. Fab. 2. *Semestr.* 25. *pag.* 373.

3) Quod hic non seiungitur, ceu pleriqne & Gœd. ad *L. 34. de V. S.* Hortens. ad *pr. I. h. t.* ut excludatur tribunal prætoris, sed imo totus processus, seu actus negocii discussionis denotatur, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 3. *N.* 1. alias

dicium quid sit, attigi in hoc argumento de re iudiciaria ab initio *capite tertio*. Exposui diligentius in commentario ad eum titulum. Nunc summam paucis indicabo, Iudicium est legitima tractatio rei controversæ inter actorem & reum apud iudicem constituta, eius ipsius iudicis cognitionem de re controversa, & sententiam continens. Dixi tractationem esse rei controversæ inter actorem & reum apud iudicem constitutum. Ex eo intelligitur, quod in omni actione (habet autem omnis actio iudicium ex definitione) agitur de re aliqua inter aliquos qui de ea re diffident: quorum unus agit, alter est eum quo agitur; ex quibus ille actor, hic reus nominatur. *L.* 3. *D. de iureiur. Inst. de except.* in princ. & agitur apud eum, qui eius controversiæ & litis iudex est, controversiæ finem sua sententia impositurus. Quæ omnia cum de tractatione, tum de personis superioribus in actione, ac per actionem in iudicio complexus est Iustinianus in §. 1. *Inst. de actio.* legitimam tractationem voco, quia certo ordine & forma iure constituta constat: adversus quam nihil in iudicio ratum est. *L.* 4. *C. de senten. & interl.* Id partes iudicii indicant, quas ideo deinceps adieci. Hæ enim proprie tres sunt; litis contestatio, a qua primum peti quid & iudicio agi dicitur; *L. amplius, D. rem rat. hab. L.* 1. *C. de ind.* iuncta *L. lite, C. de usur.* caussæ cognitio; & sententia iudicis. Atque has definitione sum complexus. Cum autem adiicere volumus ea quæ necessario iudicium antecedunt, accedit pars quarta eaque prima, in ius vocatio. Sed hæ partes iudicii cum ad iudiciorum ordinem & formam pertineant: de his tum opportune dicetur, cum ad eum locum venerimus. Illud notandum, quod cum tot sint iudicii recte constituti partes, quot modo dixi, tamen iudicium ab una tantum parte, idest sententia est appellatum. In hac enim solum iudicis iudicium est, si quidem tunc solum iudicare dicitur iudex, cum tanquam ius dicit de re controversa. Quod fit tunc, cum de ea re pronuntiat, & pronuntiatione sua, id est sententia, controversiæ finem imponit. Unde & in hac pronuntiatione sola dicitur esse res iudicata. *L.* 1. *D. de re indic.* Cur ergo ab hac parte iudicii nomen potius, quam a cæteris? Optima ratione; non solum quod hæc præcipua iudicii pars est: sed multo magis quod cæteræ quoque partes iudicii illius consilium & cogitationem habent. Ad id enim obtinendum referuntur, alioqui per se inutiles. Aut si malumus quid certius, eo fit, quod iudicium illud & sententia iudicis, cæteras partes ita sibi iure adiunctas habet, & quodammodo ad se trahit; ut videatur in se inclusas habere, certe ab his nequeat separari: cum ita ius sit, ut nisi præcedente illo iudiciorum ordine servato, nulla sententia iudicis habeat iudicii & rei iudicatæ auctoritatem. *d. L.* 4. *C. de sen. & interl.*

VII. *Ius persequendi quod sibi, seu quod nobis debetur*. Hoc, quod nobis debetur, sic interpretandum est, quod nobis præstari debet. Id eo dicimus, quia proprie id solum deberi dicatur in usu iuris, quod ex obligatione debetur, seu quod cum alienum sit, nobis debetur ab eo, qui eo nomine obligatus est. *L.* 1. in pr. iuncto §. pen. & ultim. *L.* 2. *L.* 3. *D. de const. pec.* Quod nostrum est, non dicitur nobis deberi. *L. scribit, D. de aur. & arg. leg.* Quo sane sensu definiatur solum hic actio in personam; quippe quæ sola adversus eum sit, qui nobis obligatus est: neque contineatur actio in rem, quæ adversus eum qui nullo iure nobis obligatus est, competere dicitur: utrumque in §. 1. *Inst. de action.* Nunc autem omnem actionem definitione complecti volumus, sine quo vitiosa sit definitio. Ergo ut id consequamur, aut actio apertius ita definienda est, ius persequendi iudicio, quod sibi seu nobis quoque modo præstari debet: aut hoc ipsum, quod nobis 4 debetur,

alias in integrum restitutiones, præiudicia, interdicta, cognitiones prætoriæ, non continerentur. Ac immo actio quoqua habetur, cum prætorem quis adit: item dum adhuc apud eum consistit, etsi prætor actionem dare dicatur, sed diverso sensu. Quod si iudicis nomine sæpissime venit prætor, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 21. *N* 3. quidni & iudicii nomine tribunal contineatur. Denique nec Iustiniani tempore vetus actionum dandarum mos obtinebat, sed magistratus ipsi iudicabant. Sed hæc verba posita ad differentiam earum *persecutionum*, quæ quandoque extra iudicium licite fiunt, ut *supra Lib.* 17. *C.* 2. *N.* 10. *& c.* Accurs in *pr. l. b. tit.*

4 Recte, & conveniunt Ussil. *in pr. l. de act.* n. 38. *& seqq.* Schneidvin. n. 18 Mynf. n. 21. Harprecht. n. 17. *& seqq.* Azo. *in summa ad h. t. Inst.* n. 4. Forcat. *Dial.* 96. n. 2. Rain. Corf. 2. *Indag.* 1. Cuiac. ad *L.* 178. *de V. S. &* 15. *Obs.* 18. *sub fin.* (quia & compensatio dicitur debeti contributio *L.* 1. *de compens.* cui tamen & in actione in rem locus) & Gilb. Regg. 1. *Enant.* 12. Alex. Turamin. *Epist. Acad.* 18. Bron. 4 *Ass.* 30. Charond. 3. *Verisim.* 1. Nullum, ait, ius, cui non, aut a natura, aut a lege data quædam obligatio, Comes & adiutrix, saltem tacita, Coras. 6. *Misc.* 5. n. 8. *&* 9. Qui rem nostram possidet, inquit, non inconcinne dicitur debere & obligatus esse ad restitutionem, ne locupletior fiat ex iactura alterius. Nam & commune vinculum est, quo omnes obligantur, ut honeste vivant, neminem lædant, Goed ad *L.* 12 *pr. de V S.* n. 4. non tantum conventione scribens sed & caussa in creditum iri, per occupationem & detentionem rei alienæ. Nam si omni, aut iusta, aut satis firma, caussa possidendi caret, qui detinet, quasi in hoc creditum habet a domino, eique tacite obligatus, ut cum omni caussa

tur, sic interpretandum, ut sit, quod nobis præstari debet. Quo posito omnem actionem comprehensam habebimus. Nam ut in actionibus in personam nobis præstari debet, quod ex obligatione nobis debetur: ita in actionibus in rem nobis hoc præstari, ut quod nostrum est, restituatur; aut patiatur adversarius nos id libere nobis sumere, & iure nostro usurpare. Atque hoc modo etiam recta & iusta definitio futura est, in qua nec quidquam sit in definito, quod non contineatur & explicetur definitione; nec quidquam in definitione, quod non tribuatur etiam definito. Sic enim definitio reperietur, ut nullæ sint actiones, quæ non hoc ipsum persequantur iudicio, quod nobis iure præstari debet; nec ullæ huiusmodi iudicii persecutiones, quæ non sint actiones. Quorum utrumque cum in quibusdam tum actionibus, tum persecutionibus falsum videri possit, quæ efficiant vitiosam definitionem; quæ hic obiiciuntur, breviter diluemus.

VIII. Sic ergo differitur. Omnis vitiosa est definitio, quæ aut non omnia continet, quæ sunt definiti, aut continet plura quam definitum: illic angustior definito, hic latior. Utrumque hoc vitium inest in hac definitione, ut multa probare videatur. Vitiosa igitur in primis definitio, & alia quærenda. Primum dixeris non omnes actiones contineri definitione; non enim omnes esse huiusmodi, ut his persequamur, quod nobis debetur, seu nobis præstandum est. In hoc numero eitantur tres: accusatio criminis; actio popularis; actio iniuriarum. Accusatio criminis dicitur 5 actio, ut *tit. C. quando civilis actio criminali præiudicet*. Item in *L. qui accusare*, ubi qui in principio responsi dicitur accusator, nominatur in extremo actor. At accusatio non persequitur quod nobis debetur: persequitur enim vindictam criminis, in qua persequenda non privata res, sed publica utilitas versatur. *L. locatio, §. quod illicite, D. de publ.* Est igitur hæc actio, quæ non persequitur, quod nobis debetur. Actio popularis eodem modo. Nam actionis verbum utique ei convenit. Aperte enim dicitur actio toto *Tit. D. de pop. act.* Hanc tamen non persequi, quod nobis debetur, eius rei certum argumentum est quod traditur in *L. pen. D. de pop. act.* qui eam habeat, eum locupletiorem non esse? Nam quod vere debetur, & quod idem valet, quod vere est in actionibus, id etiam in bonis est. *L. bonorum, D. de verb. sig.* Est quidem hæc actio in bonis agentis post litem contestatam, ut scriptum est in *L. si cui, D. de verb. sig.* Ut superius illud accipiendum sit de eo, qui nondum litem de populari actione contestatus est. Sed tamen hoc semper relinquitur eum qui actionem popu-

sa restituat, Ursill. ad *pr. I. h. t. n.* 44. Quodam, ait, iuris figmento, detentor rei meæ, ratione possessionis mecum contrahere videtur, atque eo vinculo obstrictus est, ne mea iactura rem suam augeat. Quæ tamen longe petita videntur, sicuti & quod Baro in *p. I. h. t.* deberi hoc vindicanti domino, ut dominus iudicetur, & ad restitutionem se obligare possessorem, litem contestando. Nec obst. §. 1. *h. tit.* Verbis: *Qui nullo iure ei obligatus sit.* Nam resp. *nullo iure*, non quod possessor, dum domino quod suum est, negat, eo ipso facto obligetur ad restitutionem, officioque iudicis compellatur potius, quam nullo iure, ut videtur sentire Marc. Lycklama 4. *Membran. Ecl.* 7. Nec quod proprio iure, ex variis caussarum figuris *L.* 1. *de O. & A.* teneatur, sicuti lege obligari dicimur, *L.* 52. *eod.* ut idem 3. *Membran.* 21. & fere Goth. in *L.* 51. *h. t.* Sed *nullo* scilicet, de quo ibi agitur, conventionis nempe, aut contractus, delictive, vel quasi, Vult. in *d.* §. 2. *n.* 52. & Mudæ. in *pr. L. eod. n.* 48 qua obstrictus, non nisi solutione liberatur, cum hic, qui sine dolo possessionem amisit, teneri desinat. Verba enim, pro re subiecta accipienda. Et plures sane *teneri* aliquem actione reali legimus, quæ vocula obligationem quandam arguit, Goed. *d. n.* 4. Denique aperte quoque in rem obligatio tribuitur §. 5. *I. de except.* Quare nihil attinet, huic definitioni, ceu mancæ, ac imperfectæ absolvendæ adiicere verba: *suumve est*, ut Hot. ad *pr. I. d. tit. &* 3. *Obs.* 17. Gifan ad *d. L.* 51. *n.* 3. Quæ ipsa adiecta falsam sententiam reddunt. Persequimur enim quod abest, ut id consequamur. Quod vero nostrum est, seu dominium rei nostræ, non abest, sed a nobis habetur, quin nec amplius id consequi licet §. 14 *I. h. t. & simil.* Gravissime vero labitur Marc. Licklama 4. *Membran. Ecleg.* 6. qui vindicantem interim, dum probaverit rem suam esse, dominum non esse, & ideo persequi, quod sibi debetur, non quod suum est: Quia, ait, cum duo in solidum nequeant esse domini, sicuti ab eo tempore, quo possessionem sibi habere; nec reddere adversarius constituit, possessionem amitto; ita, & tantisper, (donec ego probaverim) dominium apud possessorem, maxime eo casu, quo proprietas a possessione separari nequit *L.* 10. *de acquir. possess.* Quod, si persequerer actione reali, quod meum esset, quodque suum esse, aut alterius defenderet reus; constituerentur duo eiusdem rei, saltem interea, id est, pendente actione, domini. Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur: non habet. Ergo quod abest, interea debetur, licet suum esse petitor dicat. Ita Lycklama. Quæ non uno modo, in iuris nostri regulas impingere videntur. Diss. aliter Cornel. Vioolan. *in not.* ad Accurs in *pr. I. h. t.* Gifan. ad *d. pr.* soli personali actioni, definitionem convenire sentientes. Quibus succinit A. Fab 15. *Coniect. iuris &* 20. *Coniect.* 9 quia realis, nec proprie sit actio, cum non uti illa a coactione incipiat. In quo bifariam errat, (1) quod falsa notione vocis *actionis* innititur, vid. *com. I. de act. in pr. n.* 4. *in pr.* (2) quod ius de resistente in ius pertrahendo, manu iniecta, ad personales actiones coarctat. Obiic. impropria hæc verbi *deberi* significatio, fatente Donell. *hic*: definitioni vero convenit proprietas. Resp. Sylv. Aldobran. ad *Gl. in pr. I. h. t. v. debetur*, hoc locum habere in definito potissimum in definitionis verbis, raro a ICtis attendi. Quanquam forsan latior & largior potius hæc acceptio, quam impropria, ut Benincas. in *Præf. ad h. t. Inst. n.* 160. post alios quos citat.

5) *L.* 4. *C. de edendo L. pen.* ibi *capitalium actionum D. Si ex nox. cau. ag. L.* 15 §. 1. *ad SC. Turp.* Sicuti & Cicero scripsit actiones in Verrem, & in Miloniana perduellionis actionem appellat, Charond. 3. *Verisim.* 1. Ingratique & suspecti modo accusatio, modo actio dicitur *L.* 1. *&* 3 *C. de lib. & cau. lib.* Et accusatio inofficiosi, pro actione *infra Cap.* 3. *N.* 1. Iuxta communem tamen loquendi usum, ab actione distinguitur, Arn. ab Haeriolte *in Proleg. de Act. in genere n.* 2. 3 4. unde & tituli eius seiuncti, ac diversi, Don. ad *pr. L. h. t. n.* 11.

popularem habeat, ante litem contestatam locupletiorem non esse, eoque nec habere ius persequendi quod sibi tunc debeatur. In eadem caussa est actio iniuriarum: quæ & ipsa aperte actio dicitur: & tamen eodem modo popularis dicitur non esse in bonis nostris, antequam litem contestemur. *L. iniuriarum*, 28. *D. de iniur.* De quibus breviter respondeo. Accusatio si ad privatum accusatorem refertur, non est, fateor, ius persequendi quod sibi debetur. Sed nec sic quoque est privati actio, nisi abusive loqui volumus. Hic enim accusator non suam caussam agit, sed Reipublicæ. Quod si refertur accusatio ad Rempublicam, cuius nomine a privato agitur, tum sane recte dixerimus accusationem persequi, quod [6] debetur agenti Reipublicæ. Persequitur pœnam criminis, quæ ut debetur Reipublicæ ad emendationem, & repressionem maleficiorum; ita & ad eas res ipsas Reipublicæ exsolvenda est. *L. si pœna*, *D. de pœ. L. bona*, in fin. pr. *D. de po. d. L. locatio*, *§. quod illicite*, *D. de publ.* Sed & tunc accusatio rectius dicatur actio; ut dicendum sit in accusatione quoque hoc evenire, ut ubi definitionem superiorem accusationi detraxeris, recte huic quoque deneges actionis nomen, quod definitur: quod si semel illi tribueris definitionem, continuo conveniat & definitum. Quod attinet ad popularem actionem, ut in ea nomen actionis ponimus, ita vere ei & definitio convenit. Actio dicitur: sed & ea est, qua privatus actor persequitur iudicio quod sibi debetur: pecuniam videlicet, cuius petendæ potestas illi edicto prætoris data est: qualis est ea, de qua edicto prætoris, quod est de deiectis, & effusis, itemque suspensis, cautum est. *L. 5. §. hæc autem*, *§. ult. D. de his qui deiec. vel effud.* Non enim profecto eam pecuniam petere quisquam potuit aut ad petendam accedere, nisi qui iure petendi persequendive sibi tributo potuit; cum uniuscuiusque petitionem metiamur ex eo iure, quod tum cum peteret, habuit. *L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.* Quid est autem ius petendi nisi ius petendi, quod sibi præstari debeat? Quid est ergo, quod dicitur eum qui actionem popularem habeat, non esse locupletiorem ante litem contestatam? Hoc eo dicitur, quia certo non est locupletior. Potest enim multis modis evenire, ne litem contestetur, vel quia nolit, vel quia alius antevertat, vel quia concurrens alius tamquam idoneior præferatur, vel quia morte præventus non potuerit. Quod si fit, nunquam quidquam iuris in ea actione habuisse videbitur, ac nec deinceps habere posse eum certum est. At si cœperit litem contestari; non solum exinde actio in bonis eius esse incipiet, atque inde fieri locupletior; sed etiam retroversus in bonis eius fuisse intelligetur. Ita an actio sit in bonis eius, qui agere potest, si velit, necne: pendet ex eventu litis contestatæ: quæ si non sequitur, nihil hic fuit in eius bonis; si sequitur, ius prius quod incertum erat, confirmat, comprobatque etiam ante eius fuisse. Neque novum est, quædam esse, in quibus ab initio res dubia est, sed ex post facto retroducitur, & apparet, quo iure fuerit. *L. quædam*, *D. de reb. dub.* Sic rei legatæ dominium in pendenti est, priusquam legatum agnoscat aut repudiet legatarius. Nam si agnoscit retro ipsius fuisse videtur; si vero repudiaverit, retro videtur res legata semper fuisse heredis, nunquam legatarii: ut sic recte dicturi simus nunquam antea legatarium certo fuisse in bonis. *L. servum*, 44. *§. 1. D. de leg. 1.* Simile exemplum agnoscas in *L. si non sortem*, *§. si decem*, *D. de cond. ind.* De actione iniuriarum idem responsum volumus. Hæc ante quam litem contestemur, dicitur non esse in bonis nostris, nempe quia nondum est certo. Quid enim, si iniuriam remittamus? quid si [7] moriamur lite nondum contestata? quibus modis accidit, ut iniuriarum actio sic extinguatur, ut nihil plus prosit, quam si nunquam competisset. *L. si tibi*, *§. 1. D. de pact.* *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Quod si litem contestati erimus, hic eventus declarabit iam tum ab initio actionem nostram esse & fuisse in bonis, ex quo iniuriam passi sumus. Quod si utraque in bonis etiam ante litem contestatam, dummodo litis contestatio secuta sit, sit id quod volumus, ut utraque persequamur id quod nobis etiam ante debebatur, sine quo alioqui non esset in bonis. Effectum est igitur huc usque nullam esse actio-

6) Vera enim obligatio ex delicto quoque publico, eademque ex voluntate peccantis, vid. *supra Lib. 15. Cap. 24. N. 1.*

7) Vid. *L. 32. pr. ad L. Falc.* Obiic. At quandoque actio instituta, antequam quid debeatur, tenet, ac efficax; modo lite contestata, ante sententiam deberi inceperit: ut si possessionem postea consecutus reus *L. 4. L. 18. §. 1. L. 41. pr. de pet. her. L. 27. §. 1. de R. V.* Resp. Dyn. *in pr. l. h. t. n. 18.* licet debita res ibi non fuerit initio, ratione rei conventæ; debita tamen possessio, ratione actoris, in quo, si defectus iuris appareat, inefficax actio. Vindicatio enim, & petitio hereditatis non tam in personam, quam in rem directæ. In actione vero in personam, condemnatio non præcedit, nisi initio litis ius agendi actor habuit, aut illud ex facto præcedenti originem habeat, add. *infra C. 14. N. 8. & 9. ac Lib. 20. Cap. 5. N. 5.*

actionem, cui non recte definitionem ſuperiorem tribuas, ut dicatur eſſe ius perſequendi, quod ſibi debetur, atque hac parte ſibi conſtare definitionem.

IX. At ſaltem e converſo eam peccare dixeris, ut videatur multis in rebus plus complecti, quam definitum. Quam ad rem proferuntur complures perſecutiones eius, quod nobis præſtari debet, quas apparet verbis definitionis contineri, quæ tamen non ſint, certe non videantur eſſe aut dici actiones. Quarum perſecutionum tres ſunt ordines ac veluti gradus. Primus actionis in rem, de qua facilior explicatio eſt. Secundus earum, quæ longius ab actionibus tum in rem, tum in perſonam recedere videntur, in quo ſunt præiudicia, interdicta, ſtipulationes prætoriæ, in integrum reſtitutiones. Tertius earum, quæ recedunt etiam longius, nempe quæ ſunt earum rerum, quæ præſtantur officio iudicis.

X. Primum ergo occurrit in rem actio, quam certum eſt perſequi, quod noſtrum eſt, & quod de eo nobis debet præſtari. Atqui hæc quibuſdam locis ita ſeparatur ab actione, ut toto genere res ea differat: in quibus tria hæc, actio, petitio, perſecutio, diſerte ita diſtinguuntur, ut dicatur actio in perſonam inferri, petitio in rem, perſecutio vel in rem, vel in perſonam rei perſequendæ cauſſa: maxime tamen ſi ſit perſecutio extraordinaria. *L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. ſig.* Unde hæc eadem tria tanquam diverſarum rerum nomina ſæpe coniungi legimus in formulis antiquis, & ſcriptis veterum: ut *§. item per, Inſt. quib. mod. tol. obl. L. bonorum, D. de ver. ſig.* Sed diluitur obiectio in *d. L. pecuniæ, §. actiones.* Plerunque, inquit Ulpianus, ſic accipitur actionis verbum, ut ſignificetur actio in perſonam: ſed tunc cum ad ſpeciem refertur. Enimvero ibidem adiicit actionis verbum & generale eſſe, & ſpeciale. Generaliter autem actionem dici omnem, ſive in perſonam, ſive in rem ſit petitio, quomodo & nunc actionem accipimus, inſtituta de toto genere oratione, & ad eam rem accommodate definimus. Et vero is generaliter nominare intelligitur, qui ſimpliciter & ſine adiuncto nominat. At qui tria hæc coniungit, actionem, petitionem, perſecutionem, apparet eum niſi inepte plura verba eiuſdem rei ſignificantia congerere voluit, tres res diverſas notare voluiſſe:

quas ſi diſtingui volumus, efficietur ea diſtinctio, quam ſupra diximus, ut actio ſit in perſonam, petitio in rem, perſecutio aut verbum commune utriuſque aut perſecutio extraordinaria.

XI. Plus eſt dubii in illis quatuor generibus perſecutionum, quæ præter eas, quæ dicuntur uſitate actiones, licet obſervare in uſu iuris: præiudicia dico, interdicta, ſtipulationes prætorias, reſtitutiones in integrum. His omnibus generibus perſequimur iudicio, quod nobis præſtari debet. Præiudiciis agitur de ſtatu obtinendo. *§. præiudiciales, Inſt. de act.* Interdictis de poſſeſſione. *Inſt. de interd.* Prætoriis ſtipulationibus, ut hæ ipſæ ſtipulantibus nobis interponantur, veluti damni infecti, & legatorum nomine. *L. actionis, D. de oblig. & actio.* In integrum reſtitutione, ut quod iure de noſtro amiſſum eſt, reſtituti in integrum recuperemus. *D. de in int. reſt.* Atqui hæ perſecutiones [8] non ſunt actiones; argumento eſt, quod omnes ab actionibus diſtinguuntur. Indicat *L. non ſolum*, in pr. *D. de proc.* Indicant tituli diverſi de his generibus. Alius enim eſt titulus de actionibus & obligationibus; alius de interdictis; alii de prætoriis ſtipulationibus, puta, de damno infecto, & ut legatorum nomine caveatur; alii de in integrum reſtitutionibus, tum *D.* tum *C.* Sed ſciamus, & has ipſas perſecutiones eſſe actiones. Certæ præiudicia, interdicta, ſtipulationes prætorias actionis verbo contineri diſerte ſcriptum eſt in *L. actionis, D. de ob. & actio.* De in integrum reſtitutione idem traditum in *L. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Immo & hæc aperte actio nominatur in *L. non ſolum, §. eſt & caſus. D. de proc.* ſed & in *L. in cauſſa*, in pr. *D. de minor.* Cum Ulpianus in ea reſtitutione imploranda videndum eſſe ait, an alia actio competat citra in integrum reſtitutionem. Nam aliæ actionis verbo ſatis clare ſignificat etiam in ipſa reſtitutione poſtulanda actionem verſari; ſed eam quæ præcedentem in integrum reſtitutionem deſideret: alias autem actiones eſſe, quæ competant citra in integrum reſtitutionem, quarum an una aliqua competat, videndum eſſe ſcribit. Quidni vero & in integrum reſtitutio, & ſuperiores perſecutiones actiones ut ſunt, ita & dicantur? Agitur enim & in his iudicio de re aliqua. Actiones igitur; quandoquidem agere & actio ſunt coniugata. Ac ne res exem-

[8]) Et dicuntur, vicem actionum repræſentare *L. 20. Rem rat. hab. L. 3. §. 2. de præt. ſtit.*

exemplis egeat; cum in edicto de procuratoribus ita scriptum esset, *cuius nomine quis actionem sibi dari postulabit*; id omnes sic acceperunt, ut actionis verbo superiora omnia continerentur. *L. non solum*, in pr. & *§. est & casus*, *D. de proc.* Eodem modo & edictum de dolo; in quo cum polliceretur prætor se de rebus dolo gestis actionem de dolo daturum hac conditione, si de his rebus alia actio non esset; hic quoque actionis verbum sic acceptum est, ut eadem illa hoc verbo intelligerentur. *L. 1. §. ait*, & deinceps. *D. de dolo*, Non obstat, quod actiones a superioribus generibus sæpe distingui legimus, cum hæc distinctæ ita enumerantur, actiones, præiudicia, interdicta, stipulationes prætoriæ, in integrum restitutiones; ut in *d. L. non solum D. de proc. d. L. 1. §. ait*, & deinceps: *de dol.* Hoc enim non eo fit, quod superiores species non contineantur verbo actionis tanquam generis: nam & hæ enumerantur distinctæ in *L. actionis, de obl. & action.* ubi tamen omnia dicuntur contineri actionis verbo; sed fit ideo, quod cum species aliquæ in proprium nomen transeunt, & aliquæ cum verbo generis coniunguntur; hic verbum generis, quod prius commune erat, incipit [9] speciei ab aliis distinctæ nomen occupare; ut in verbo adoptionis fieri videmus in *L. 1. D. de adopt.* agnatorum in *L. Iurisconsultus, D. de grad. & affin.* Quo exemplo & cum legimus eodem loco dici actiones, interdicta, prætorias stipulationes, in integrum restitutiones, sciamus hic actionis verbum, quod vi sua commune cum sit, omnia illa continet, de eo genere actionum dictum intelligi, quod neque est interdictum, neque prætoria stipulatio, neque restitutio in integrum, idque necesse est ita intelligi. Nam quæ species nominatim appellatæ sunt, eæ tanquam exemtæ intelliguntur ex nomine generis. Quibus exemtis non potest aliud in nomine generis relictum videri, quam quæ species non sunt appellatæ.

XII. Plus his omnibus difficultatis obiicit tertio loco persecutio earum rerum, quæ officio iudicis præstantur in bonæ fidei iudiciis. Quales sunt usuræ ex mora præstandæ. Hæ in bonæ fidei iudicils ex mora etiam deberi dicuntur. *L. mora, §. 1. D. de usur. L. initio, 5. C. de pact. int. em. & ven. comp.* ut appareat huic præstationi etiam definitionem actionis convenire. At certe non convenit definitum. Negantur enim hæ usuræ ex mora peti posse, in *L. qui per collusionem, §. 1. D. de act. em.* Negatur adeo de his ulla esse propria actio, in *L. 4. C. depo.* Habemus igitur in hac saltem specie persecutionem eius quod nobis debetur, quæ tamen non sit actio. Immo & in hac specie ut inest persecutio eius quod nobis debetur, ita & actio, & quidem illa ipsa, per quam eas usuras persequimur. Ea est actio principalis de sorte: huius enim beneficio consequimur, ut cum mora fuerit, etiam usuræ officio iudicis accedant, & nobis præstentur; neque alia ulla [10] propria est earum usurarum persecutio. *d. L. qui per collusionem, §. 1. de actio. em. L. quæro, D. loc.* Atque eam actionem quæ in personam est, nemo negat vere actionem esse. Quare ut est de his usuris persecutio ad præstationem, ita est & ad eam præstationem actio & petitio. Et vero in *L. 4. C. dep.* ita scriptum est, etsi in his usu-

9) vid. Gœd. *ad L. 34. de V. S. n. 2.* Benincasa *in Præfat. l. h. t. n.* 134. & Vult. in *pr. l. h. t. n.* 13.

10) Diss. vulgo, implorationem officii iudicis, ab actione distinguentes, Azo *in Summa ad h. t. Inst. n.* 2. Bart. *in L. 1. de iurisd.* ubi *in addit.* plures differentias refert Hieron. A ban Gifan. *ad L. 37. de O. & A. n.* 10. Hancque communem, impugnatam ab Alc. 2. *Paradox.* 10. defendit Walth. 1. *Misc.* 31. Ac uti actio est ex regulis iuris; ita officium iudicis ex æquitate contra iuris regulas statuunt in subsidium actionis inventum; sicuti utilis actio, in casum deficientis directæ, Usill. *in §. 1. h. t. n.* 31. Unde qui ex statuto odioso privatur actione, hoc non item volunt Gomez. *ibid. n.* 47. Ioh. Bapt. Asin. *de Exsecut. §. 3. Cap.* 323. *n.* 5. Nec obstare, ait Walth. *L. 34. & L. 178. §. pen. de V. S.* Extraordinarias enim persecutiones non significare officium iudicis, sed eas actiones, quæ sine præscriptis verborum formulis, olim dabantur *L. 47. de neg. gest.* Ast Gœd. ad *L. 34. de V. S. n. 3. & n.* 8. persecutiones extraordinarias non per modum actionis sed mero ius dicentis officio in iure peragi, nec iudicium unquam ingredi. Atque ita omnes cognitiones prætorias, ab actionibus fecerunt. Et Cuiac. ad *princ. l. h. t.* persecutiones extraordinarias per abusionem, actiones dici. Ita statuo: Tametsi officio Iudicis, res quandoque ad effectum perducatur, ubi nulla stricto iure actio: *L. 50. de pet. her. L. 7. de an. leg.* generaliori tamen actionis significatu, venire, adeoque etiam definitione hac contineri. Et ubi nulla de iis dicitur actio prodita, quæ officio iudicis præstantur; æque tunc ad specialiorem usum restrictum verbum actionis, uti cum vindicationi opponitur. Plane & in quavis actione iudici statim atque factus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in iudicio versantur *L. 25. §. 8. de æd. ed.* Sicuti æstimatio iniuriæ fieri dicitur, a Iudice *§. 7. I. L. 21. L. 37. §. 1. D. de iniur.* Sed illud vulgo actioni deservire dicunt, ac facti esse, quod actioni (iniuriarum ex. gr.) inhæret, ius petendi per illam mitigans, *Gl. pr. h. t. V. ius*, nec tam ius, quam iuris executionem exprimit Mam. *Lib. 1. de Act. Cap.* 2. Unde nata distinctio officii nobilis, & mercenarii, de qua, vid. Schneidewin. *in pr. l. h. t. n.* 10. Wes. *ad tit. C. qui pro sua iurisd. n. 50. & seqq.* Sichard. in *L. 3. C. ex quib. ca. mai. n. 2. & seqq.* Hippol. Riminald. ad *L. 3. de iurisd. n. 338. & seqq.* Asin. *d. C.* 323. Damhuder. *Prax. civ. C.* 9. Turamin. *Epist. Academ.* 12. P. Frider. *Lib. 2. de Mandat. iud. C. 58. n. 7. & seqq.* Muse. *de iurisd. 1. n.* 67. Matt. Steph. 1. *de Iurisd. n. 42. & seqq.* Quam reprobant Gœd. ad *L. 22. de V. S. n.* 18. Ant. Goth. aniles fabulas vocans, *QQ. iur. Cap. n.* 3. Obrecht. *de Iurisd. Cap. 12. n. 30. & seqq.* Boeer. *de Iurisd. Cap. 3. n.* 4.

usuris exigendis non sunt duæ actiones, una sortis, & alia usurarum; tamen utriusque præstationis nomine unam esse actionem Unde & in *d. L. initio, C. de pact. int. em. & vend.* dicuntur aperte hæ usuræ postulari. Etenim non petuntur principaliter; sed per consequentiam principalis actionis de sorte motæ. Nihil hoc ad rem pertinet: nam nec debentur principaliter, sed tantum officio iudicis, cui locus fit, cum principalis actio mota est. *d. L. qui per collusionem, §. 1. de act. em.* Satis est autem ad defensionem definitionis superioris, si ut est persecutio rei præstandæ, ita sit & eius præstationis actio. Debentur præstanturque hic usuræ per consequentiam principalis actionis institutæ. Sit igitur satis & huius præstationis eandem esse actionem. Quæ cum ita sint, recta est superior actionis definitio quæ ita constituta est, ut definito & definitione inter se congruentibus, nullæ sint actiones, quæ non sint iura persequendi iudicio, quod sibi præstari debet; nec ulla huiusmodi iura, aut persecutiones, quæ non sint actiones.

C A P. I I.

Quæ in omni actione in iudicium recte deducenda agenti observanda sint. Hæc ex genere cuiusque actionis æstimari. Hinc quæ actionum summa genera sint; & in his quæ genera actionum in rem.

Quatuor loci indicantur ad recte instituendam actionem necessarii. I.
Propositum auctoris, & methodus. II.
Actionum summa divisio qualis. III.
Contraria divisioni amoventur. IV.
Recta actio, seu quæ nostrum communi iure persequitur, alia in rem, alia in personam. Nomina cum re utrique subiecta convenire. V.
Propria singulorum generum in ista divisione appellatio. VI.
Superiora actionum genera usu potius & commoditate docendi, quam proprietate rerum aliquando distingui. VII.
Eadem communione generum integri iuris nostri persecutiones quascunque contineri. VIII.
Actiones in rem dividi in civiles, & prætorias. IX.
Civiles *rursus in eas quæ sunt de statu personæ, aut de rebus extra nos positis. Quæ utrique generi conveniant.* X.
Prætorias *item in eas quæ sunt de universitate rerum, aut de rebus singulis institutæ. Utriusque generis quæ.* XI.
Cui bono accurata actionum per illa genera partitio, & generum in species distributio. XII.
Tractandarum rerum methodus. XIII.

I. CUm sit ergo actio ea potestas persequendi quid iudicio, quam ostendimus, nempe ea est, quam dicimus ab actore in iudicium deduci; qua deducta incipit fieri ea iuris sui persecutio, quæ in iudicio versatur: de qua deinceps & iudicem cognoscere, & cum cognoverit, iudicare oporteat, si de ea sit inter litigatores controversia. Videndum, quid in hac actione in iudicium deducenda agatur. Et ut in personis ad iudicium pertinentibus hoc quæritur, ut sint idoneæ, quo invito adversario ad id quod agunt, pro conditione personæ recte consistant: sic in actione in iudicium deducenda, hoc quæri intelligendum est, ut sic instituatur, quo consistat iudicio, sitque ea petitio, qua de iure nostro id obtinere possimus, quod volumus. Id ut consequamur, in his quatuor tanquam certis omnis actionis caussis maxime positum est. Primum est, ut ei qui agit, competat, ei [1] detur, eius sit actio:

1) Etsi enim vulgo DD. actiones in nativas, & dativas distinguant; illas vocantes, quæ ex regulis iuris communis habentur, ex materia aliqua præexistente, puta contractu, &c. ortæ *L. 42. §. 2. de procur.* Has, quæ a lege, vel prætore immediate ex æquitate, præter iuris regulas, & sine præexistente materia, præmisso tamen aliquo facto, unde æquum visum actionem concedi, vide Zas. 2. *Sing. Respon.* 5. Padilla *in L. naturalis* 5. *§. at cum do 2. de præs. verb. n.* 10. *& seq.* Hieron. de Monte *Tr. Fin. reg.* C. 38. *n.* 15. *& seq.* Cuius effectum tradunt, quod dativæ, ad heredes non transeant, Padilla *d. lo. n.* 11. quod reprobat Covar. *in C. possessor. de R. I. in 6. P.* 3. *§. 1. n.* 4. Recte tamen Forcat. *Dial.* 97. differentiam hanc ipsam dativam esse, id est non ex iure, sed interpretum commentis protectam. Cum quævis actiones modo dari dicantur *L. 1. commod. L. 1. de se. corr. L. 1. de vi arm.* modo nasci *L. 7. §. 2. de pact.* 15. *de praes. verb.* Forcat. *d. lo.* & Turamin. *Pp.ß. Academ.* 10. Cels. Burgal. *Lib. 5. de Dolo C.* 7 *n.* 68. Gifan. *in §. 1. I. de act.* Fortun. Garcia *in L. 7. §. & ideo (est vers. §. secund.) de pact. n* 41 *& seqq.*

actio; tot enim verbis iuris auctores in eadem re utuntur, quod inter innumeros locos, qui legenti passim occurrent, licet ex his paucis cognoscere. *L. 1. § hæc in factum, L. 5. §. hæc autem, D. de his qui deiec. vel effud. §. 1. Instit. de perpet. & tem. act. §. item per.* in formula Aquilianæ stipulationis. *Instit. quib. mod. tol. oblig.* Alterum, ut adversus quem agitur, adversus quem competat, detur, sit actio: quæ formulæ loquendi iisdem locis indicantur: & quod idem est, ut is cum quo agitur, teneatur ea actione, quomodo & iuris auctores idem exprimunt. *L. quidam, L. qui iniuriarum, D. de pecu. const.* Tertium, ut sit actio de re eius actionis propria; seu de re quæ in eam actionem venire a iuris auctoribus dicitur. *L. item videndum, §. ult. L. & non tantum,* in pr. *§. pen. D. de pet. her.* Quartum, ut sit petitio eius quod de re petita velimus nobis præstari: puta ut res exhibeatur, restituatur, pecunia solvatur, & quæ sunt similes præstationes. Itaque quatuor sunt in summa hi loci, qui omni agenti ad recte instituendam actionem propositi esse debent, in quibus ipsis omnis recta actionis institutio continetur; quos eosdem licet animadvertere in omni diligentiori actionis tractatione a nostris auctoribus esse observatos; Cui actio competat; Adversus quem, Qua de re, Cuius rei gratia, seu Cuius præstationis de ea re obtinendæ caussa. Nec mirum, si in his quatuor rectam institutionem actionis omnis positam esse dicimus. Continent enim, ut supra attigi, caussas actionis iure proditas: quibus positis & ipsam actionem tanquam ex caussis effectum sequi necesse est: caussam dico efficientem actionis; materiam; finem. Caussa efficiens est in personis eius qui agit, & eius cum quo agitur. Nam ei & adversus eum competit actio, in quibus est caussa efficiens actionis, qua fiat videlicet, ut & illi proposita sit iure, & proposita adversus istum. Materia est in rebus, de quibus actio est constituta. Finis est in præstatione obtinenda, quæ de his rebus expetitur. Neque vero plures res ad recte & iure agendum necessariæ. Nam quod interdum quæritur, qua ex caussa nascatur, & competat actio, quando competat, & quandiu, omnia sunt huius unius loci, Cui actio competat. Ei enim, ut dixi, competit, cui ex caussa iure prodita competit: & competit tunc cum conditio lege adiecta extiterit; & competit tandiu donec sit finita. Sed & quod quæritur sæpe de effectu actionis, ad finem ipsius actionis pertinet. Nam & ex fine effectus est: & ex effectu finis eo relatus intelligitur. De nomine actionis proponendo tanquam de forma actionis ambigitur: numquid & hoc ad recte instituendam actionem pertineat. Quod cum potissimum spectet ad actiones in personam, de eo in ea parte nonnihil attingemus.

II. De his quatuor locis non una ratio & præceptio est in omnibus actionibus. Omnia ita sunt, ut est genus actionis. Neque enim in rem actio eidem competit, cui actio in personam; non adversus eosdem; non de iisdem rebus; ac nec de iisdem rebus eædem sunt præstationes. Eademque prope varietas est in singulis speciebus horum generum. Quapropter hic primum nobis genera actionum constituenda sunt, sic deinde singula ad hos locos tanquam ad suas caussas exigenda. De generibus actionum sic habendum. Si omnis actio constituta est iuris nostri persequendi caussa, ut esse constitutam superior definitio declarat, necesse est prout est ius nostrum de rebus, ita esse & actiones. Atque hinc etiam genera actionum expressa sunt iure civili, & ad uniuscuiusque rei nostræ persecutionem accommodata. Quod & Cicero sentiens pro Q. Rab. ita scribit; *sunt iura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere iniuriæ, aut ratione actionis errare possit.* Hinc ergo & genera ipsa nobis ducuntur.

III. Omne quod nostrum est, sive idest, quod proprie nostrum & potestatis nostræ esse dicimus, sive id quod nobis debetur, hanc varietatem summam iure civili habere reperietur, ut aut ipso iure & communi nostrum sit; aut ipso iure amissum salvum habeamus auxilio extraordinario prætoris. Tum hoc ita esse iuris publici forma de in integrum restitutionibus satis declarat; tum vero hæc ipsa distinctio iuris nostri pene totidem verbis ab Ulpiano posita est in *L. in caussæ, 2. D. de minor.* Ipso iure nostrum dicimus, quod solo iure civili & communi nostrum est, neque ad eam rem desiderat ullam operam aut auxilium magistratus. Cuius generis est id omne quod nobis recte ab initio quæsitum, aut ab initio recte deberi cœptum, perseverat, necdum amissum est. Quod autem ipso iure amissum, salvum habemus extraordinario auxilio magistratus, est id, quod prius amis-

seqq. Et male hoc discrimen inferunt ex *d. L. 7. §. 2.* Nam & actio præscriptis verbis, alibi passim dari dicitur.

Et actio in factum, utique ex præcedenti caussa, & obligatione. Sic & peculium nasci dicitur, cum servo tribuitur: mori, cum adimitur *L. 40. de pec. & q.*

amissum consequimur per in integrum restitutionem: quod & ipsum de utroque genere indicatur in *d. L. in caussa*. Neque vero in hac divisione quidquam facimus adversus illas species duas, in quas id quod nostrum est, ab initio divisimus, ut diceremus omne aut esse id, quod proprie nostrum est, seu iuris nostri, aut id quod nobis debetur. Nam & quod de iure nostro vetere consequimur per in integrum restitutionem, aeque ut ante aut proprie nostrum est, aut nobis debetur. Ut enim traditur in *L. nemo*, *D. de in integr. rest.* nemo videtur re sua exclusus, quem praetor in integrum se restituturum pollicetur. Solum persequendi forma interest. Hinc ergo, inquam, ducatur nobis summa actionum divisio, ut eorum quaedam iuris integri nostri recta persequendi, quaedam iure amissi recuperandi obliquae actiones. Recta, & iuris nostri integri actio est, qua id quod ipso iure nostrum est, aut nobis debetur, ut iure communi, ita & recta petimus, nulla ad actionem habendam adhibita opera aut facto magistratus. Obliqua & rei nostrae iure amissae recuperandae actio est, quae ad ius suum vetus tum obtinendum, tum persequendum desiderat praecedentem magistratus in integrum restitutionem. Quam ideo obliquam actionem recte nominemus. Re enim vera persequens illud suum, quod prius ipso iure fuerat, ad eam rem progreditur obliqua petitione & via. Petit enim recta in integrum restitutionem a praetore: veruntamen huc spectans, ut per hanc ius suum illud restitutum consequatur. Aut in integrum restitutio actio non est, nec iudicio quidquam persequitur, quod sibi debeatur, aut debuit omnino in numero actionum hoc loco collocari. Actionem esse ante ostendimus. Sic nominatur in *L. non solum*, *§. est & casus*, *D. de proc.* & *L. in caussa*, 2. in prin. *D. de minor.* Inde & huic verbo subiicitur in *L. 1. §. idem Pomponius refert*, *D. de dol.* Congruit praeterea & definitio actionis. Nam restitutio in integrum est & ipsa ius persequendi iudicio quod nobis per hanc praestari debet. Quod si est actio, non alius illi locus in hoc genere attribui potuit, quam in superiore divisione in qua & genus alterum summum constitueret. Positis enim ab una parte actionibus iis quae ius nostrum integrum iure communi recta persequerentur, non aliud fuit genus, quod his ex adverso responderet, quam id quod ius amissum contrario modo persequitur: in quo in integrum restitutionem ponimus.

IV. Non adversatur huic divisioni, quod nostri actionum duo genera faciunt, in rem & in personam; *L. actionum*, *D. de obl. & act.* eamque [a] divisionem actionum summam statuunt, idest, primam, quomodo de hac divisione loquitur Iustinianus in *§. 1. Instit. de act.* Intelligendum est enim hoc ab illis dictum esse de actionibus communibus & usitatis, quae iure competunt sine alio praecedente extraordinario auxilio praetoris: quae in usu iuris solae propriae actiones appellantur. Argumento est, quod constat illos ab actionibus procul removisse restitutiones in integrum, tanquam ad aliud ius, aliudve genus pertinentes, apparetque ex distinctione titulorum, *De in integrum restitutionibus*, & *De obligationibus & actionibus*, tanto intervallo inter se disiunctorum, & tanquam ad diversas res relictorum cum in Pandectis, tum in Codice. Licet & ex eo intelligere praecipue, quod cum in titulo Institutionum de actionibus de eo genere toto ex professo agatur, in quo & Iustinianus diligenter omnia actionum genera sit persecutus, nulla tamen ne tenuis quidem mentio fiat restitutionum in integrum. Quod certe futurum non erat, si qua parte ille ad superiorem illam divisionem actionum, quam dicit summam, putasset in integrum restitutiones pertinere. Nunc autem nobis propositum est omnes actiones, quibus quoquo modo iudicio agitur, complecti. Quo in genere cum sint, ut ostendi, in integrum restitutiones, necesse habuimus & illis in hoc numero locum dare, & cum alius locus non esset, a superiore divisione ordiri.

V. Rectae actionis, & eius quae iure communi ad petendum, utens, non desiderat ad eam rem praecedentem restitutionem in integrum, propria est sequens illa divisio, quam recte Iustinianus in hoc gene-

a) Atqui est earum, quae in *praecd. pr. l. b. t.* definitae. Quare si definitio in integrum restitutioni congruit, ut noster vult *C. praecd. n. 11. sub fin.* divisio quoque sit definitioni conformis, maxime cum *summa* id est dignitate, gradu, & ordine prima, ut Don. *ad d. §. 1. n. 5* omnium actionum dicatur, eadem contineat, oportet. Magis itaque videtur, quo modo, scilicet largo actiones sunt postulationes, in integrum restitutiones, eodem modo esse actionum in personam species. Val. Guil. Forst. *Tract. instit. P. 2. Disp. 7. in continuat.* Ant. Fab. 20. *Coniect.* 10. *sub fin.* (quia cum dentur, ad distrahendum negocium, iure contractum, sicuti actio ex contractu, mere personalis est; ita & quae ad illum per in integrum restitutionem rescindendum. Ubi reprobat eos, qui mixtis actionibus accensent, quod duplicem caussam habeat, & rescindentis iudicii, qua ex parte personalis, & rescissorii, ex qua realis sit. Nam & his, vel personam, vel rem locum facere necesse est &c.

genere summam dixit, ut omnis aut in rem sit, aut in personam. *d. §. 1. Inst. de act. d. L. actionum, D. de obl. & act.* Quæ & ipsa divisio ex eo quod iure communi nostrum est, nata est, & ad eius ipsius iuris persecutionem accommodata. Nam, ut initio tradidimus, omne quod generaliter nostrum dicimus, aut vere nostrum est, aut nobis debetur. Atque hinc, inquam, illa divisio, distractionem rerum, in persequendo secuta. Nam actio in rem est, qua rem nostram persequimur, petimusque ab eo, qui possidet. Actio autem in personam est, qua quod nobis debetur petimus ab eo, qui eo nomine nobis obligatus est: definitiones iisdem locis traditæ, *d. L. actionum, de obl. & act. §. 1. Inst. de act.* Ac de distinctione harum actionum, quam recte statuatur, dubitari non potest, cum longe aliæ atque aliæ res petantur his actionibus. De nominibus superioribus potest dubitari. Cur enim actio qua rem nostram petimus, dicitur in rem potius quam altera, quæ dicitur in personam, cum sit & ipsa in personam possessoris? non enim in rem actio aliter esse dicitur, quam adversus possessorem. *d. L. actionum, D. de oblig. & act.* Deinde quid est in rem, nisi adversus rem, sicut in personam dicitur, quæ est adversus personam? Atqui scimus nullam nobis actionem aut iudicium sese posse cum re inanimata, sed solum cum persona, cum qua de re petita iudicio agimus & contendimus. Quæ ergo ista verborum ratio est, & quam conveniens ad superiora genera exprimenda? Et significatio verborum ea est, quam verba ipsa præ se ferunt. Actio enim in rem dicitur, quæ vere adversus rem est, & eam 3 solam, quia scilicet hanc sequitur, apud quemcunque possessorem reperiatur, non autem ullam personam certam, quasi obligati, etiam in qua hæc actio a principio constiterit, ut est in *L. 2. C. si unus ex plur. her. cred.* finge namque aliquem possidere rem nostram bona fide pro sua. Tenebitur nobis hac actione quandiu possidet, quia res nostra apud eum est, & actio hanc rem sequitur. Quod si is desierit sine dolo possidere, non iam amplius nobis tenebitur, sed ut res, sic actio mutabit personam eius cum quo agitur, transibitque adversus novum rei possessorem. Esto, dicat aliquis, rem sequatur hæc actio. At quam recte in rem, idest, ut interpretamur, adversus rem esse dicitur ea, quam & ipsam esse constat solum adversus personam possessoris. Recte dicitur. Est enim primo & principaliter adversus rem nostram, ut eam nostro iure nobis vindicemus, sumamus, usurpemus. Per consequentiam autem adversus possessorem, qui eam rem tenens nobis de iure nostro facit controversiam, & quominus rem pro nostra usurpemus, impedit. Principaliter igitur & vere adversus rem, propter rem autem adversus eius rei possessorem, quod vere est rem sequi. Ac ne dubitemus iure dicere nos, hanc actionem esse adversus rem, quæ hic petitur, hoc ipsum expressum legimus in *L. Imperatores, D. de public.* sic enim verba sunt: *Imperatores Antoninus & Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri.* Prædia conveniri, & agi adversus ipsa prædia, nemo ignorat idem valere. Atque hoc dicitur de actione pignoris, quæ in rem est, qua prædia ob vectigal obligata Reipublicæ tenentur. *L. 1. C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Actio autem in personam recte dicitur ea, quæ est adversus personam 4 solam, solam hanc sequitur, omissa omni quæstione de re petita, a quo ea habeatur, possideatur. Quod plane in ea actione sola accidit, quia cum eo agimus, qui nobis obligatus est, petimusque quid ab eo, quod nobis debetur. Finge enim mihi ab aliquo deberi fundum venditum actione ex empto, quæ ut est ex obligatione, ita est in personam.

3) Ita & Don. noster *ad §. 1. I. h. t. n. 11.* Etsi cum re inanima nullum iudicium esse possit, unde natura possessorem conveniri oportet, & adversus possessorem dicitur: iuris tamen interpretatione, cum re agi, eaque in possessoris persona conveniri intelligitur, quæ huic conventioni caussam dedit. Persona sine necessaria, contra quam exerceatur, sed id accidit per consequentiam rei possessæ, *ibid. n. 10.* voculam *in* non posse hic recipi, pro, *ad*, velut actio in rem scripta, pactio in rem. Nam & personalis actio ad rem consequendam datur. Nec pro *iuxta*, ut actio in factum, quia & hoc utriusque actionis commune: Ergo necesse est, ut *adversus* significet. Convenit A. Fab. ad *Coniect.* 9. rem ipsam, hic ream esse & conveniri, in eamque dirigi actionem scribens; exerceri vero contra possessorem, qui ob hanc rationem formalem tenetur, quia possidet. Hinc eadem actio in rem, diversis temporibus, contra diversos exerceri potest, quod in personalibus nunquam accidit. Possessor tamen, an, adversarius, quia hunc facit non conventio, sed contradictio. Denique rem, non personam conveniri dicitur *L. 19. de iure fisci:* Ac principaliter hic rem spectari probat Vult. §. 1. *I. h. t. n. 50. & seq.* ex formulis veteribus. In personalibus enim nomen adscriptum: Aio te mihi dare, facere, oportere. Hæ vero sine personæ ullius notatione conceptæ: Fundum in agro Sabino meum esse aio &c. Hot. *in d. §. 1. diff.* aliter verba *in rem* exponenda quasi dicat *generaliter* & *in persona* quasi dicat *nominatim*, Gifan. *ad L. 25. de O. & A. n. 10.*

4) Et, uti obligatio personæ cohæret, ubi & apud quemcunque sit res, quæ debetur, Vult. 1. *Discept.* 4. vel ut alex ossibus obligati inhæret nec personam egreditur, Gomez. in *pr. I. h. t. n. 3.* Immo ut Dyn. *n. 3. & 4.* ex utraque parte cohæret personæ, cum reatis ex neutra. Licet itaque occasione rei, vel ad rem detur, principaliter tamen personam eiusque obligationem spectat, Vult. in *§. 1. I. h. t. n. 3.*

nam. Sic ille mihi tenetur hac actione, ut teneatur, quanvis eum fundum de quo agitur non possideat; & præterea ita teneatur solus, ut si quis alius eum fundum possidebit, non ideo is tamen teneatur, quia non est obligatus: hæc autem actio non in rem debitam est sed solum adversus personam obligati.

VI. Ne quid autem nos fallat in appellationibus horum generum, monemur non tantum eorum generum istas esse appellationes, ut aut in rem dicantur, aut in personam, sed & singula genera notata esse a veteribus propriis nominibus: quod moneri eo spectat, ut cum nomina in iure occurrent, discamus ex his res nominibus notatas deprehendere. Dicuntur ergo in usu iuris actiones in rem vindicationes: actiones autem in personam condictiones. *L. actionum, D. de oblig. & act. §. appellamus, Inst. de act.* quorum verborum origo & ratio pluribus a me exposita est ad eum *§. appellamus*.

VII. Sed & de his generibus interdum proprie & specialiter hæc nomina usurpari solent, actio, petitio, persecutio, ut actio quidem in personam, dicatur uno verbo actio; actio in rem, petitio: persecutionis autem verbo aut significatur pariter utraque, aut maxime extraordinaria persecutio. *L. actio, D. de oblig. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signific.* De quo usu & superiore quoque capite nonnihil attingere necesse habuimus, cum quæreremus an actio in rem quæ definitione actionis continetur, videretur etiam definiti, idest, actionis verbo contineri: quod quidem ista significatione fieri non posse certum est. Ex hoc usu est, quod retro tria hæc simul iuncta legimus; veluti, si qua est mihi tecum actio, petitio, persecutio, ut in formula Aquilianæ stipulationis, quæ exstat in *§. item, Instit. quibus modis toll. oblig*, item si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, ut in *L. bonorum, D. de verb. signi.* quæ sane si otiose, idest, inepte non iunguntur, necesse est his verbis res diversas significari. Atque illæ sunt videlicet quas dixi. Ex eodem usu illæ inscriptiones horum titulorum *D. Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*: *&, Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur*. Nam priore hoc significatur, quod declaratur in *L. 1. eod. tit.* si ager vectigalis petatur, actionem in rem, hanc competere. Posteriore id, quod de servitutibus prædiorum alio titulo expressum est aliis quidem verbis, attamen idem significantibus; Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur. Denique utroque titulo constat significari agi illic de actione confessoria, & negatoria: quarum utraque tam de usufructu, quam de servitutibus prædiorum in rem est. *L. 2. D. si ser. vind. §. æque, Inst. de act.* Sed quod hoc loco præcipue monendum fuit, distinguuntur posteriora ista tria ad eum modum quem dixi, non utique proprietate & significatione verborum, sed magis nonnullæ commoditatis caussa, quæ in rebus harum appellationum tradendis inesse visa est. Commodius est enim res plures pluribus verbis notari, quo magis intelligantur. Id quod factum esse constat in verbis iniusti, rupti, & irriti testamenti; quæ cum omnia idem vi ipsa significent, distincta sunt tamen a veteribus ad diversa testamenti vitia significanda ob eam solam caussam quam dixi: ut testatur Iustinianus in *§. alio, Inst. quibus modis testam. infir.* Eamdem, inquam, commoditatem docendi & in superiore distinctione actionis, petitionis, persecutionis secutos esse veteres sciamus. Nam quod ad rem & propriam significationem horum verborum attinet, omnia unum & idem declarant: actionem illam scilicet omnem, qua iudicio agitur. Nulla est enim omnino huius generis, qua non ut agimus de eo quod nobis debetur, ita idipsum quod debetur, nobis præstari petamus. Quinimo hoc ipsum agere iudicio, nihil aliud est, quam iudicio quid petere; & petere quid nihil aliud, quam iudicio de ea re agere. *L. amplius, D. rem rat. hab.* Unde petitiones & actiones pro eodem prope continentur usurpatæ in *L. exstat, D. quod metus cau.* Sed & hoc ipsum agere, & petere quid iudicio ut consequamur, quid aliud est, quam id ipsum iudicio 5 persequi? Et vero sic actio definitur, ut sit ius iudicio persequendi. Est ergo actio hæc ipsa persecutio, sive ius utroque verbo, sive factum demonstrari volumus. Sed, ut dixi, in his distinguendis commoditas dicendi spectata est. Quæ si proprietate verborum servata nihilominus retinetur, recte fit, si ex hac ipsa proprietate his verbis potius generaliter utamur. VIII.

5) Diss. quodammodo Gœd. in *L. 34. de V. S. n. 2. & 3.* sentiens persecutionem, esse genus actionis, atque ideo latius patere: ac restitutionem in integrum, bonorum possessionis petitionem, delictorum privatorum accusationem, itemque extraordinarias persecutiones actiones non esse, etsi verbo actionis, quandoque contineantur, ex rationis identitate, *ibid. n 5.* Sed recte A. Fab. 40. *Coniect.* 10. persecutiones omnes, vel in personam esse, vel in rem actiones *d. L. 28. h. t.* nec constituere separatam speciem, etsi quantum ad formam cognitionis quidpiam peculiare habeant.

VIII. Nunc redeo ad divisionem, de qua observandum est dici eam divisionem omnium actionum in *d.* §. 1. *Instit. de act.* ut intelligamus nullas esse actiones; nullas persecutiones iuris nostri in iudicio, quæ modo sint iuris communis, & iuris nostri integri, quæ non sint aut in rem, aut in personam; vindicationes aut condictiones: id est, eiusmodi, quibus aut persequamur rem nostram vel quasi nostram, aut id quod cum alienum sit, nobis debeatur tamen. Et ita res habet: neque hic excipiemus persecutiones, quæ verbis & tractatione iuris auctorum interdum longius recedere videntur ab actionibus, qualia sunt, præiudicia, interdicta, stipulationes prætoriæ, extraordinariæ persecutiones, extraordinariæ cognitiones, quæ genera nominantur his locis, *L. actiones, D. de oblig. & act. L. pecuniæ, §. actiones, D. de verbor. signif. cat. tit. de extraord. cognit. D.* Nam præiudicia sunt, quæ dicuntur actiones præiudiciales: atque hæ sunt in rem, *§. præiudiciales, Instit. de act.* Interdicta autem, stipulationum prætoriarum postulatio, extraordinariæ tum persecutiones tum cognitiones, omnes sunt actiones in personam, ut deinceps in explicatione horum generum suo loco patebit.

IX. Habent & hæc ipsa genera multo alia plura sibi subiecta; de quibus sequitur, ut cognoscamus. Ac de actionibus in personam dicemus postea suo ordine. Prius, ut ordo divisionis superioris postulat, de actionibus in rem dicamus. Primum quæ ista harum actionum genera sint: deinde in singulis, ut est propositum, qualia sint ea, quæ in unaquaque actione recte instituenda spectanda esse diximus. Actiones ergo in rem & ipsæ, ut res sunt de quibus in rem agitur, ita pro conditione earum distinguuntur: atque hinc earum genera. Sunt, ut definivimus, actiones in rem, quibus rem nostram petimus. Rerum nostrarum quædam sunt vere nostræ, quædam quasi nostræ, & magis ad ius nostrum pertinentes, quam nostræ. Et de utroque genere harum rerum sunt in rem distinctæ actiones: de rebus quidem vere nostris fere constitutæ iure civili: de rebus autem quasi nostris aut ad ius nostrum pertinentibus, solum constitutæ iure prætorio: ut priores liceat appellare civiles, posteriores prætorias, [6] *§. sed istæ, Instit. de actionib.*

X. Quæ res vere nostræ sunt, earum quædam sunt extra personam positæ, ut quæ in bonis habentur; quædam positæ in statu personæ, ut libertas, servitus, ius patronatus, ingenuitas, agnatio, & si quæ sunt similia iura, quæ nobis interdum aut in nobis ipsis aut in aliis vindicamus. Et de his rursum genera actionum in rem proposita duo: ut de rebus vere nostris quædam sunt actiones in rem de rebus externis, quædam de statu: genera ut rebus distincta, ita & dissimili admodum genere persecutionis. Nam quæ hic actiones sunt de rebus extra personam positis, hæ unam hanc communem persecutionem habent, ut res nostræ petitæ nobis restituantur, aut si ad exhibendum agitur, ut exhibeantur. Quæ autem sunt de statu personæ, hæ proprie non ullius restitutionis de statu controverso inferendæ gratia comparatæ sunt, sed solum præiudicii ad ea iura quæ inde sequuntur, in posterum obtinendi caussa, si forte de his incidet controversia. Unde & actiones nomen habent: dicuntur enim præiudiciales, de quibus in *§. præiudiciales, Institut. de act.* & uno verbo præiudicia. *L. 1. §. 1. D. de rei vindicat. L. actiones, D. de obligat. & actionib.* Rursum quæ res vere nostræ extra personam sunt, in hac varietate habentur, unde & actionum distinctæ species; ut quædam sint universitas, quædam singulæ: & singulæ partim corporales, partim incorporales. Universitas est hereditas. Res singulæ corporales, ut prædia, & res mobiles. Incorporales, ut servitutes tam personarum, quam prædiorum. Et hæ res sunt, de quibus solis ex rebus nostris sunt actiones in rem constitutæ, nec constitutæ solum, sed & pro varia conditione istarum rerum distinctæ. De hereditate petitio hereditatis, & querela inofficiosi testamenti. De rebus singulis corporalibus ea, quæ dicitur rei vindicatio. De servitutibus actiones, quæ communi nomine utentes dicuntur petitiones, vindicationes servitutum. Ac de tribus prioribus hi sunt tituli continenter D. & C. *De inofficioso testamento; De hereditatis petitione; De rei vindicatione. De servitutibus.* hi in Pandectis, *Si ususfructus petatur; Si servitus vindicetur.*

XI. Sunt, ut dixi, etiam res quædam quasi nostræ, quæ cum vere nostræ non sint, in his tamen tantum iuris habemus, ut iure prætorio propemodum habeantur pro

6) De hac divisione, vid. *infra Lib.* 21. *Cap.* 2. *initio.*

pro nostris: certe habeantur hactenus, ut de his non minus sint nobis, quam de rebus nostris actiones in rem constitutæ. Hæ in hoc genere in eadem varietate reperiuntur, in qua sunt superiores, quæ extra personam vere nostræ sunt. Nam & hic reperitur hereditas quasi nostra, reperiuntur & res singulæ. Hereditas quarundam personarum propria non est: quibus tamen ita tribuitur, quasi illorum esset. Hi duo sunt: bonorum possessores, & fideicommissarii, quibus ex fideicommisso restituta est hereditas. Bonorum possessores, quos solus prætor ad bonorum possessionem vocat, non sunt heredes, sed ita dat eis prætor bonorum possessionem, ut constituantur pro heredibus. §. *quos autem*, *Instit. de bonorum possess.* Fideicommissarii quoque ne restituta quidem hereditate accepta heredes sunt. §. *restituta*, *Instit. de fid. hered.* Senatusconsulto tamen Trebelliano pro heredibus habentur, translatis ad eos & in eos actionibus hereditariis. *L.* 1. *D. ad Trebell.* §. *sed quia stipulationes*, *Inst. de fid. her.* Hinc & istis personis in hoc genere proditæ a prætore actiones in rem de ipsa hereditate: & quidem utrisque petitio hereditatis, sed cum adiuncto singulis convenienti: bonorum quidem possessoribus ea quæ dicitur possessoria hereditatis petitio; fideicommissariis autem ea, quæ dicitur fideicommissaria hereditatis petitio. De quibus Tituli D. in hæc ipsa verba; *De possessoria hereditatis petitione*; & *De fideicommissaria hereditatis petitione*. Res singulæ, quæ cum nostræ non sint, tamen de his quasi nostris propositæ sunt iure prætorio in rem actiones, genera sunt quatuor: fundus emphyteuticus; ædes superficiariæ; res a nobis bona fide possessa; res nobis pignori hypothecæve obligata. Hinc totidem actiones eodem illo iure de rebus singulis quasi nostris; de fundo emphyteutico emphyteuticaria petitio, de qua *titu. D. si ager vectigalis vel emphyteutic. pet.* De ædibus superficiariis actio in rem superficiaria: de qua titulus inter interdicta *De superficiebus*. De re bona fide possessa, actio in rem quæ ab auctore appellatur Publiciana: de qua titulus D. *de Publicia. in rem actio.* de qua eadem in §. *namque*, *Inst. de action.* De re pignori obligata, actio in rem, quæ ex re dicitur hypothecaria; ab auctore Serviana & quasi Serviana. De qua in §. *item Serviana*, *Instit. de actionib.* Et harum omnium (quæ quidem sint de rebus mobilibus) recte præparandarum caussa una actio subsidio comparata est, actio ad exhibendum, quam & ipsam ego in rem esse puto.

XII. Atque hæc actionum in rem genera sunt, hæ generum species: neque plures occurrunt. Quid ergo in his generibus quærimus? Nihil amplius, quam ut ad usum nostrum illa norimus in singulis, quæ ante in unaquaque actione instituenda consideranda esse diximus; Cui competant; Adversus quos; Qua de re; Cuius rei caussa; quibus scilicet cognitis fiat, ut sciamus his actionibus recte uti, cum opus est; tum cavere, ne secus agendo, quam superiora ferunt, inutiliter & sæpe cum damno nostro experiamur.

XIII. Hoc igitur iam agamus. In quibus cognoscendis ne dum singulas actiones anxie persequimur, quæ sunt numero tam multæ, nobis sumatur longus & non necessarius labor, operæpretium est in illis primis quatuor, quæ sunt de rebus vere nostris, paulo diligentius cognoscendis versari: illas dico, De inofficioso, De hereditatis petitione, De rei vindicatione; De petitione servitutum, non solum propter earum utilitatem, & quia in rebus hominum atque in iudiciis magnum & quotidianum usum habent: sed etiam quia his cognitis cæteras in rem actiones in his velut exemplis propemodum expositas habebimus. Nam adversus quem detur actio, & cuius rei caussa, loci sunt communes unum atque idem in omni actione in rem fere continentes: qui quid de his iuris sit in petitione hereditatis & rei vindicatione, noverit, idem & de his in reliquis generibus noverit. Cui autem detur actio in rem, & qua de re, loci sunt in cæteris actionibus huiusmodi, qui cum ad ius agentis referantur, magna ex parte expositi sint in iis quæ ante de iure nostro diximus. Sed & de petitione singularum servitutum ante diximus in servitutibus: dum ita statuimus scilicet, nec sine hac servitutum naturam, nec sine servitutum præsenti cognitione actionem de his satis cognosci posse. Ita nobis restabunt tres illæ omnino, de quibus ad reliquarum informationem diligentius, & iam statim ab initio cognoscamus; De inofficioso testamento; De hereditatis petitione; De rei vindicatione. In quibus & titulos ipsos de his propositos exponemus.

C A P. III.

De inofficioso testamento: seu De querela inofficiosi testamenti: vel quod idem valet, De petitione hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti.

Cur inofficiosi querela tractatione separetur a petitione hereditatis, & sit ordine prior. I.
Querela inofficiosi quid sit. II.
Definitio per partes exponitur: & multiplex appellatio querelæ indicatur. III. IV. V. VI.
Inofficiosi querelam esse petitionem hereditatis ostenditur, cum ex pluribus iuris locis: III.
Tum vero ab absurdo. X.
Contrariis occurritur. VII. VIII. IX.

I. UT ergo a petitione hereditatis ordiamur, quæ in primo genere rerum vere nostrarum prima occurrit; ne hic statim ab initio ad unam & eam communem hereditatis petitionem orationem conferamus, sciendum est non unam esse hanc petitionem, de qua uno & eodem titulo ius traditum sit; puta eam, de qua titulus est *D.* & *C. de hered. petit.* Ea petitio duplex est: una generalis, specialis altera, cui quidem separatum tractatum in hoc genere veteres dederint. Generalis est, communis illa ad omnem caussam pertinens, ex qua hereditas petitur sive ex testamento, sive ab intestato: de qua ille titulus, quem modo dixi, de hereditatis petitione. Idque & hoc genere ita declaratur in *L.* 1. 2. 3. *D. eod.* Specialis est, petitio hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti: uno verbo querela, seu accusatio inofficiosi testamenti. Nam & hanc nihil nisi hereditatis petitionem esse paulo post in definitione planum fiet. Hinc de his generibus actionum distincti tituli D. & C. & tamen iidem inter se coniuncti, *De inofficioso testamento*, & *De hereditatis petitione*. Quia res diversas continebant, distincti: quia pertinebant ad unam hereditatis petitionem, coniuncti. Atenim, dicet aliquis, si querela inofficiosi testamenti est petitio hereditatis ex caussa inofficiosi, cur non refertur hæc ipsa caussa ad generalem petitionem hereditatis, ut constat referri cæteras caussas omnes, ex quibus hereditas petitur tum ex testamento, tum ab intestato? *d. L. prima, secunda, tertia, de hered. pet.* Hoc ideo, quia petitio hereditatis ex caussa inofficiosi testamenti præcedentem habet querelam inofficiosi; cuius multa sunt [1] propria & velut singularia, nihil pertinentia ad reliquas hereditatis petitiones, quacunque ex caussa instituantur: ut proinde de his separatim tractari & cognosci oportuerit. Sed ut demus querelam inofficiosi tanquam singularem speciem recte seiunctam a genere; quid est, quod præponitur huius tractatio petitioni hereditatis? præcedit enim & D. & C. titulus de inofficioso; sequitur titulus de hereditatis petitione: quod quidem ut videtur, contra factum oportuit, si modo querela, ut volumus, est illius petitionis species. Nam prima cognitio est generis, secunda speciei: cum prius genus statui oporteat, quod deinde in suas species dividatur. Declarant omnes divisiones rerum iure traditæ: sed maxime actionum, de quibus sub *titu. Inst. de actionib.* Cur ergo, inquam, hic aliter? Quia hic non de petitione hereditatis dividenda, sed de instituenda & exercenda agitur. In omni autem non solum actione, sed etiam re instituenda hoc ita est, ut si quod est impedimentum quod instituenti obstet, quominus ad eam rem perveniatur, prima cura esse debeat, ut amoveatur impedimentum, proinde & de eo prius quæratur, sic deinde impedimento amoto perveniatur ad actionem aut rem quam petimus. Accidit hoc impedimentum petitioni hereditatis quantumvis generali, quoties ex caussa inofficiosi testamenti agitur. Obstat enim agenti testamentum, quod inofficiosum licet, iure tamen consistit, nisi infirmetur. Ideo quæstionem de petitione hereditatis præcedit necessario querela inofficiosi, quo testamentum rescindatur, atque hoc rescisso tum demum certo sibi constet petitio. Quod ut in hac actione ita fieri debere intelligeremus, ideirco præpositus est titulus de inofficioso, cuius collocatio ita faciendum esse nos admoneret.

II.

[1] Et hanc esse stricti iuris, licet alia petitio hereditatis bonæ fidei sit, vult Wesenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 12.

II. Hæc de diſtinctione atque ordine horum generum initio moneri oportuit, non ſolum ut intelligeretur, cur de inofficioſo teſtamento ageretur hoc loco, ubi de petitione hereditatis quærimus; ſed etiam ut de his rebus, ita diſtinctis titulis, & iſto ordine collocatis conſtare nobis poſſet in his tractandis & diſtinctionis & collocationis ratio. Nunc de utroque genere ſeparatim dicemus; ac de querela primum, ut eſt diſtinctio & ordo titulorum iuris de his generibus. Et quoniam de querela inofficioſi teſtamenti ambigitur, quidnam ſit; interpretibus maxima ex parte ita ſtatuentibus, querelam inofficioſi non eſſe petitionem hereditatis, ſed diſtincta hic eſſe iudicia duo; ante conſtituendum eſt, quid ſit querela inofficioſi teſtamenti: & quoniam actio eſt, quia iudicio agitur de inofficioſo, quodnam ſit hic genus auctionis. Et ſi breviter dicendum eſt, quod & quibuſdam in locis a iuris auctoribus uſurpatum video; querela inofficioſi teſtamenti nihil aliud eſt, quam petitio hereditatis ex cauſſa inofficioſi teſtamenti. Quod ſi hoc ipſum ex cauſſa inofficioſi, placet explicare latius, ut fiat cauſſa & res tota planior; ſic, puto, dilucide nec incommode definiemus; ut Querela inofficioſi teſtamenti ſit, petitio hereditatis tanquam ab inteſtato delatæ, adverſus ſcriptos teſtamento heredes conſtituta, hanc cauſſam habens, quod adverſus eum qui agit, dicatur teſtamentum eſſe inofficioſum: quam ob cauſſam & tale eſſe queritur, qui ut tale accuſat, & ne ſibi obſtet, ut tale reſcindi ac ſummoveri poſtulat. Definitionis partes ſingulas cognoſcamus: ſic natura eius dilucide erit expoſita.

III. Principio hoc ſic habeatur, querelam inofficioſi eſſe petitionem hereditatis. Id Accurſius fortiter negat, & in eam ſententiam multis argumentis utitur ad *L. qui de inofficioſo, D. de inoffic. teſtamen.* Cuius & ſententiam tanquam bene probatam Bartolus [a] ſequitur. Quod miror ab illis dici aut defendi potuiſſe, cum ſint loci in medio poſiti, quibus tantum non ex profeſſo refellantur. Nam in ea ipſa *L. qui de inofficioſo*, aperte ita ſcriptum eſt, eum qui de inofficioſo dicit, non debere, eoque nec iure poſſe ullam aliam actionem, quam hereditatis petitionem exercere. Atqui is querelam exercet, & querela eſt actio, ut tam multis locis teſtatum eſt: de quo mox in extremo definitionis. Eſt igitur omnino querela petitio hereditatis, aut fatendum eſt eum qui de inofficioſo agit, poſſe aliam actionem, quam hereditatis petitionem exercere. Et tamen videas illos tanquam in re explorata ſecuros de his verbis in eo loco quem interpretabantur, nihil reſpondere. Item in *L. Papinianus*, §. *quoniam*. *D. eod.* traditur eum qui dicit inofficioſum (qui dicit, inquam, nunc agendo, non autem qui dixit prius, & vicit teſtamentum eſſe inofficioſum) eum, inquam, non poſſe hereditatem petere ultra quam ſit ab inteſtato heres: proinde ſi ſint duo filii exheredati, eum qui dicat inofficioſum, id eſt, qui de inofficioſo agat, non totam hereditatem debere, ſed dimidiam petere. Ergo qui de inofficioſo agit, petit hereditatem: alio-

[a]) Et Azo *in Summa C. h. t. n.* 18. *&* *n.* 24. Sich. ad *Rub. C. h. t. n.* 3. volens hanc eſſe actionem præparatoriam petitionis hereditatis, ſicuti ad exhibendum rei vindicationis. Et per hanc aperiri viam agendi actioni in rem univerſali, cum hereditas peti nequeat, niſi prius reſciſſo teſtamento. Et idem ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 6. *&* *ad L.* 14. *&* 16. *coninnctas C. h. t. n.* 6. ſcribens nec actionem omnino eſſe, nedum realem, ſed præparationem ad agendum, & remedium quoddam reſcindens ea, quæ obſtabant acturis, Ant. Rub. ad *L.* 14. *hoc tit. in prælud. n.* 8. non eſſe actionem, quum quandoque datur ei, qui commodum inde non conſequitur, ut *infra Cap.* 30. *n.* 9. Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 28. Ant. Fab. 17. *Coniect.* 1. Pac. 3. Q. 31. Arn. ab Haerſolte *Act.* 4. *n.* 2. nec eſſe proprie actionem, quia non ius agentis, nec accuſationem; quia pœnam non perſequitur: ſed implorationem nobilis iudicis officii. Baro in *L.* 8. *princ. hoc tit.* multa ſingularia habere, quæ nec ad actionem, nec accuſationum naturam pertinent, ut quod patri, nomine filii, non datur, & Zaſ. in *Par. h. t. n.* 2. eſſe quoddam ius medium, inter utramque ſe tenens. Sed noſtro conſentit Fulgoſ. ad *L.* 1. *C. hoc tit. n.* 2. *&* *ſeq.* (vocans coloratam petitionem hereditatis) Hotom. ad *princ. l. hoc tit. &* *in Epit. D. hoc tit. n.* 2. Vaud. 2. Q. 24. Cuiac. ad *L.* 1. *&* 4. *ſeqq. D. h. t. &* 2 QQ. *Pauli ad L.* 17. *&* 19. *hoc tit.* ac paſſim Govean. 1. *Var. Lect.* 5 *n.* 22. Vult. 2. *Iuriſp.* 22. *n.* 18. Weſenb. ad *Rub. C. hoc tit. n.* 2. *&* *n.* 10 non eſſe hanc præparatoriam, ſed ipſam petitionem, etſi in ſua materia, & ſpecie amplior ſit, cum etiam teſtamenti accuſationem contineat, ideoque, ceu magis univerſalem, præmitti. Non implorationem officii iudicis, quia eo res vindicari nequit, uti hic dicitur *L.* 17. *hoc tit. &c.* Iidemque centumviri cognoſcebant, de inofficioſo, vid. *not. infra Cap.* 15. *N.* 1. Ita vero eſt. Seiuncta quidem intellectu querela a petitione, & dicitur querela, quatenus impugnat teſtamentum, ſeu factum teſtantis iniquum. Aſt coniuncta ei, & incluſa petitio, ut peracto querelæ iudicio, nova actione opus non ſit, qua a ſcripto evincatur hereditas, ut ſentit Vaud. 2. Q. 24. *n.* 2 & firmiter probant a noſtro adducta, quicquid contra Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 6. Quin intentione ipſa nequeunt ſeparari, & ut filius teſtamento excluſus, non poteſt venire ad hereditatem, niſi per hanc, ita nec conqueri, niſi ad eum finem. Hinc querelæ renuncians, amittit partem ſuam, quæ ſocio accreſcit; Et contra ius petendæ partis repudians, hanc exercere nequit, Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2. Et ut non ſunt hodie ſeparata in reſtitutione in integrum, reſcindens, & reſciſſorium, vid. *not. ad Comment. l. de Action n.* 5. ita nec hic. Doar. *hoc tit. Cap.* 2. *&* 10. *ad d.* Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 22. qui utroque iudicio (hoc & ſequenti) peti hereditatem confirmat ex *L.* 1. *de R. V.* Verbis: poſt actiones, quis de univerſitate &c. Non vero placet, quod Connan. *d. Cap.* 8. *n.* 3. qui hac egit & obtinuit, poſſe deinde hereditatem repudiare ſcribit, ſicuti & alias ei, qui vicit, non acceptare liberum. Nam petens hereditatem, eo ipſo animum adeundi declarat. Ergo repudiare deinde nequit, per ea quæ *ſupra Lib.* 7. *C.* 10. *n.* 2.

qui dicendum fuit eum in illo iudicio neque totam hereditatem, neque dimidiam petere posse. Item in *L. eum qui* in fin. *eod* diserte scribitur, per inofficiosi querelam evinci hereditatem ab eo qui heres institutus esset. Per querelam, inquam, non per hereditatis petitionem. Per querelam igitur petebatur hereditas, alioqui per querelam non evinceretur, sed querelæ iudicio finito nova opus esset hereditatis petitione. Sed quid argumentis opus est? Diserte Ulpianus in *L. si instituta, §. penultim. D. eod.* scribit facultates defuncti, id est, hereditatem, per inofficiosi testamenti accusationem vindicari ei, qui agit. Idem etiam apertius in *L. penultim. §. sed quemadmodum, D. de bonor. possess. contra tabul.* filium emancipatum præteritum admitti ait ad petitionem hereditatis ex caussa querelæ inofficiosi non motæ, sed movendæ. Quæ verba ita sunt, ut non apertius significare potuerit, querelam inofficiosi habere petitionem hereditatis, ut qui admittatur ad querelam movendam, simul admittatur ad hereditatis petitionem; nec possit ad hanc admitti emancipatus præteritus, nisi per querelam. Apertius etiam Iustinianus in *L. si quis filium*, in princip. *C. eod.* Querelam vocat petitionem hereditatis ex nomine inofficiosi; pro quo Ulpianus ante dixerat petitionem esse ex caussa inofficiosi. Quod enim illic Iustinianus ait filium exheredatum a patre, omnia iura eamdemque querelam quam vivus haberet, relinquere filio suo, eidemque nepoti defuncti, quamvis decesserit petitione hereditatis ex nomine inofficiosi non instituta aut præparata; hoc, inquam, quid est aliud quam id quod veteres dixerunt, quamvis accusatione seu querela inofficiosi non instituta aut præparata decesserit? Negabant enim veteres hoc casu querelam transferri ad heredes. *L. 6. §. ultim. L. 7. D. eod.* Quod ius Iustinianus temperans, in filio exheredato, qui & ipse filium aut nepotem relinqueret, superiore constitutione immutavit. Adde his *L. 3. C.* de pet. hered. *hereditas materteræ petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed etsi quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti caussam habuisset; indicata rei præscriptio non obstaret, eamdem hereditatem ex alia caussa vindicanti*, Ergo profecto titulus petitionis 3) inofficiosi caussam habens, una caussa est, ex qua & ipsa actor hereditatem vindicavit. Quibus quidem omnibus, præsertim his posterioribus locis duobus apertius dici nihil potest. De argumentis Accursii in contrariam sententiam postea viderimus exposita definitione. Nunc ne cœpta eius explicatio interrumpatur, reliquas eius partes paucis exsequar.

IV. Est igitur querela, petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ. Hoc recte subiicitur, ut occurratur dubitationi, quæ statim oritur ex eo, quod querela inofficiosi petitio hereditatis esse dicitur. Nam si est petitio hereditatis, aut ex testamento est, aut ab intestato. *L. 1. 2. 3. D. de pet. hered.* Constat non posse esse petitionem hereditatis ex testamento, cum querela detur iis, qui testamento exclusi sunt, ut suo loco dicetur. Rursum an sit ab intestato, iuste dubites; cum proponatur testamentum factum, quod usque adhuc iure consistat: quamdiu autem testamento locus est, tamdiu non defertur hereditas ab intestato. *L. quamdiu, D. de acquiren. heredit.* Unde igitur hæc petitio in querela inofficiosi, aut potius quomodo querela hereditatis petitio? Ne ergo dubitemus querelam inofficiosi ita recte dici, adiicimus, cuius hereditatis, & ex qua caussa delatæ sit petitio. Nempe ab intestato delatæ, ne quis illam petitionem statim reiiciat: idque ita expressum est in *L. mater. D. eod.* congruit *L. cum duobus, C. eod.*

V. At rursum hic occurritur, quæ & dubitatio sequitur in definitione, quo & ea dubitatio eadem definitione eximatur. Nam testamentum adhuc consistit, atque adeo hæc querela constituta est adversus scriptos testamento heredes, qui hereditatem adierunt. *L. eum qui, §. 1. de inofficio. testamen.* Iam autem diximus, quamdiu ex testamento adiri potest hereditas, tamdiu ab intestato non deferri. *d. L. quamdiu, de acquiren. heredit.* Dubitatio tollitur ex caussa huius petitionis; quæ caussa deinde subiicitur, ut intelligatur, quam recte sit constituta hæc petitio ab intestato, & quam iusta ex caussa tum querela, tum petitio ipsa nascatur. Est igitur querela ita petitio hereditatis testamento stante constituta, ut sit tamen de inofficioso testamento: eamque adeo petitionis huius caussam habet, quod dicatur

3) Sicuti in alia petitione hereditatis caussa adfertur, institutio testatoris, vel successio intestati, ita hic inofficiosum testamentum, seu hæc caussa intentionis filio, quod immerenter exheredatus. Et hic, qui queritur titulum heredis assumit, licet is interim sine re, Cuiac. 14. QQ. Papin. ad L. 15. §. 1. hoc tit.

tur adversus eum qui agit, testamentum esse inofficiosum. Si inofficiosum, inutile. *L. Papinianus*, *§. ult. D. de inof. test.* quo rescisso, fit paterfamilias intestatus: quod ex caussa inofficiosi diserte traditur in *L. 6. §. 1. D. eod.* congruit definitio intestati. *Instit. de hereditat. quæ ab intestato defer.* Intestato patrefamilias mortuo, fit quod dixi in hac querela, ut per hanc recte petatur hereditas tanquam ab intestato delata. Sed prius inofficiosum testamentum esse oportet: quod quid sit & cur ita appellatum, illic proprie dicendi locus est, cum cui competat querela, & qua ex caussa, separatim quæremus. Quoniam huius petitionis caussa est, si dicatur testamentum esse inofficiosum ideo qui ex hac caussa petit hereditatem, hanc ipsam caussam præmittit: queritur testamentum inofficiosum esse, uti tale accusat, postulatque ne sibi obstet, ut tale pronuntietur.

VI. Hinc nomina nata huius querelæ veteribus: Dicitur enim querela inofficiosi testamenti; accusatio inofficiosi; inofficiosi actio; & qui agunt, dicuntur queri de inofficioso; inofficiosum accusare; de inofficioso agere. Querela passim sub *tit. de inofficioso D.* & *C.* maxime in *L. Papinianus*, pene tota. *D. eod.* 4 Accusatio in *L. 6. §. ult. L.* seq. *L. si instituta*, in prin. *§. pen. D. eod. Inst. eod*, in prin. & *§. tam autem.* 5 Actio in *L. quemadmodum*, *7. L. nam etsi*, *§. ult. L. cum qui*, in prin. *D. eod.* & alibi. Querela ideo, quia qui agit de inofficioso, queritur sibi iniuriam factam esse inofficiosa præteritione aut exheredatione: sic enim iniuria hic nominatur in *L. Papinianus*, in prin. Accusatio ideo, quia qui hic queritur, hoc ipsum factum tanquam indigne & iniuriose factum accusat. Actio ideo, quia re vera hic agitur de hereditate, quæ & petitur: neque alio refertur ipsa querela & accusatio inofficiosi, quam ut per hanc utiliter de hereditate re nostra agatur.

VII. Sed hæc omnia ita recte dicuntur, si modo querela inofficiosi sit id quod definimus, petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ. Id quidem antea probare satis visi sumus. Sed quia hic nos impediunt vulgares interpretes, hic locus est de illorum argumentis cognoscendi, de quibus iam paucis respondebo. Argumenta ergo Accursii ad *L. qui de inofficioso*, hæc fere sunt tria, Primum tale, Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum heres non sit, pro herede, prove possessore possidet: adversus heredem nunquam. *L. regulariter*, & *L. seq. D. de hered. pet.* At querela inofficiosi datur adversus heredem testamento scriptum, eoque & vere heredem, *L. verbis*, *D. de verb. sign.* Non est igitur querela inofficiosi petitio hereditatis. Respondeo. Nec querela inofficiosi testamenti ex perpetua lege petitionis hereditatis adversus alium datur, quam adversus eum qui pro herede possidet, ut hac quoque parte in querela petitionem hereditatis facile agnoscas. Datur adversus scriptum testamento heredem; sed scriptum testamento inofficioso. Scriptus inofficioso testamento heres, non est heres. Testamentum enim, ut dixi, per querelam rescinditur, fitque hoc modo paterfamilias intestatus 6 *d. L. Papinianus*, *§. ult. L. 8. §. 1. D. de inoff. testam.* Hic occurritur ab Accursio. At hoc, inquit, ita est, cum pronuntiatum est de inofficioso, nec fuit provocatum, ut est in *d. L. Papinianus*, *§. ult.* Priusquam autem pronuntiatum sit, necesse est interim saltem testamentum valere, & qui eo testamento scriptus est, heredem esse. Non ita est. Potest quidem interim testamentum pro iusto haberi, & qui eo testamento heres scriptus est, interim haberi pro herede. Re autem vera neque est certo testamentum quod est inofficiosum, ne ab initio quidem, neque certo heres, qui eo testamento scriptus est. Utrum testamentum sit, an non sit; heres qui scriptus est, an non heres; pendet ex even-

[illegible] tu.

4) Accusatio & querela, qua testamentum rescindi petit. Actio vero, qua hereditatem petit, Wesenb. *ad Rub. C. hoc tit.* n. 6. Ibidem n. 15. Partes, ait, querelæ duæ (1) ipsa querela, cuius rursus (2) partes: Accusatio, quæ refertur ad ius publicum, arguens testamentum, quod publici iuris est: & querela, quatenus conqueritur de iniuria sibi facta. Crebrius querela vocatur, quia accusatio non propter se, sed respectu querelæ privatæ fit. (3) Petitio hereditatis, ex qua ceu principali caussa, & fine, actio æstimanda. P. Greg. 44. *Synt.* 4. n. 3 Querela modestius, quam accusatio. Facilius liberis, de facto parentum conqueri licet *L.* 21. §. 1. *de accus. L. ult. C. Qui accus. non poss.* ut & servis, de dominis *L.* 2. *de his qui sui*. Pietas, & obsequium revocat accusationis intentionem At æquitas suadet, verecunde conquerentes audiri. Aliter Connan. 9. *Comm.* 8. n. 2. Quia actionis nomen, non satis efficax, ad infirmandum testamentum, quod nisi probata iniquitate fieri non potest, sic temperatum istud, ut nec mollior appellatio, quam pro iudicii gravitate, neque acerbior sit, quam pro pietate, parentibus debita.

5) Recte etsi diss. relati *supra N.* 2. Potest tamen, & per exceptionem proponi, si filius possideat, & ab eo scriptus, hereditatem petat *L.* 8. §. 13. *hoc tit*, per *L.* 156. §. 1. *de R. I.* Duar. *hoc tit. Cap.* 10. P. Gregor 44. *Synt.* 4. n. 13. Wesenb. *ad Rub. C. hoc tit.* n. 58 Et hanc quoque quinquennalem statuit Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. n. 20. quia exceptio hæc, quandocunque proponi potest

6) Aliter resp. Duar. *b. t. Cap.* 10. quod petitio hereditatis non datur, nisi heredi, verum esse de ordinaria & directa. Hanc extraordinariam esse, & quasi utilem. Ideoque dari bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, ut pro herede habeatur. Sicut possessoria quoque hereditatis petitio datur, non heredi, sed qui loco heredis est. Sed expeditius noster.

tu, & hic ipse eventus, utrum sit, declarabit. Nam si non movebitur querela, aut ea mota pronuntiabitur pro testamento, tum vere dixerimus retro versus & valuisse testamentum, & nunc valere, & qui eo testamento scriptus erat, vere heredem esse, & manere. De hoc sane herede vere hoc idem dixerimus eum in hac caussa fuisse, ut nec teneretur ab initio hereditatis petitione: sed hoc ideo, quia nec tenebatur querela inofficiosi, ut ex eventu apparuit. Quod si querela inofficiosi mota pronuntiabitur testamentum inofficiosum, de quo nunc agitur, hic contra eveniet, ut retro versus intelligatur nullum unquam testamentum fuisse, heredi autem scripto perinde omnia habeantur, ac si hereditas adita non fuisset, ut diserte traditur in *L. enm qui*, §. 1. *D. de inoffic. testam.* Et merito: cum ut alibi scriptum est, non credatur defunctus, contra cuius testamentum ut inofficiosum iudicatum est, testamenti factionem habuisse, *L. qui repudiantis*, §. 1. *D. eod.*

VIII. Secundum argumentum tale. Petitio omnis filiosfamilias ex caussa profecticii aut adventicii peculii competens patri datur etiam invito filio. *L. ultim.* §. *ubi autem*, *Cod. de bon. quæ Lib.* At querelam inofficiosi filiosfamilias quæsitam (finge exheredatum aut præteritum testamento matris) pater inviro eo instituere non potest, ne nomine quidem filii. *L. Papinianus*, in princip. *D. de inoffic. testament.* Quare querela inofficiosi non est petitio, multoque minus petitio hereditatis. Respondeo. Quod dicitur, petitionem & actionem filiosfamilias competentem patri dari, non est perpetuum. Excipitur, si qua est actio personalis, id est, de ea re quæ personæ filii cohæreat. Quales recensentur in *L. quod dicitur*, *D. de verb. obl.* Ubi & hæc exceptio legitur. Atqui huius generis res est iniuria, & per hanc actio iniuriarum, ubi iniuria filio facta, aut eius vindicta patrem [7] non attingit, ut declaratur in *L. lex Cornelia*, §. *illud*, *D. de iniur.* Ac talis iniuria est, quam persequitur querela inofficiosi; ubi scilicet queritur filius se a matre præteritum tanquam improbum, aut ingratum adversus matrem: quæ solent esse præteritionis & exheredationis caussæ: satisque constat hanc iniuriam nihil ad patrem pertinere. Merito igitur hæc querela invito filio patri non datur, eamque ipsam ob caussam dicitur patri non dari, quia filii iniuria est in *d. L. Papinianus*. in pr. *de inoffic. testa.* Neque propterea negatur esse petitio aut actio, cum sit personalis, quæ filii personam non egrediatur, nisi quis agat filii nomine & volente eo. Cuiusmodi actiones omnes ut in cæteris quidem caussis ad patrem transeunt.

IX. Tertium argumentum & postremum tale. Si querela inofficiosi testamenti est petitio hereditatis, competit aut ex testamento aut ab intestato: non enim aliter fit heres is, qui hereditatem vindicat. *L.* 1. 2. 3. *de her. petit.* Iam vero qui de inofficioso testamento agit, neutra ex caussa potest hereditatem petere, id est, suam esse dicere. Non ex testamento, ipse testamento præteritione aut exheredatione exclusus. Non ab intestato, quia cum extet adhuc testamentum, de cuius viribus agitur, quandiu ex eo adiri hereditas potest, tamdiu caussæ intestati non est locus. *L. quandiu*, *D. de acquir. her.* Proinde querela inofficiosi non est petitio hereditatis, nec potest eam petitionem in se habere. De hac obiectione iam supra respondi. Querela inofficiosi est petitio hereditatis, non sane eius, quæ petatur ex testamento, quod constat: sed eius quæ petatur ab intestato: nam si testamentum vere inofficiosum est, & tale iudicatur, rescinditur, ut dixi, & quasi nullum unquam fuisset, ita res redit ad caussam intestati. *d. L.* 6. §. 1. *de inoff. testam.* Et quanvis multo post quam agi cœpit, pronuntietur testamentum inofficiosum, tamen ubi semel tale iudicatum est, iam dixi retroversus perinde omnia haberi, quasi nunquam hereditas adita fuisset ab herede. *d. L. eum qui*, §. 1. *eod.* Stet igitur hæc sententia, querelam inofficiosi nihil aliud esse, quam petitionem hereditatis tanquam ab intestato delatæ,

7) At immo ex iniuria filio illata, alias patri actio, ut supra *Lib.* 15. *Cap.* 25. *N.* 13. Quare melius Duaren. *hoc tit*, *Cap.* 8. exponit verba *d. L.* 8. *princ.* Ipsius iniuria est, id est, non redundat in patrem, sicuti alias contumelia, & convicium filio dictum, & Hottom. 1. Amicab. 30. *add. Petr. Barbosa ad L. Lucius* 38. *solut. Matrim.* n. 7. & 8. Et ad argumentum resp. Duar. id ita, quia genus hoc actionis extraordinarium. Et querela odiosa, quomodo & Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 4. Sed immo non tam odiosa querela, quam exheredatio, contra quam succurrit Gabr. Mudæ. *ad L.* 3. *Cod. de quib. Cap. in ius, ress. pot. non est.* scite Mauric. *de restit. in integr. Cap.* 149. *n.* 12. 3. & melius resp. Duar. quia hæc actio ita datur, si velit filius queri, si ostendat sibi non esse gratum factum patris. Eo non volente queri, nulla nata est actio, quæ ad patrem transire possit. Vereor autem, ne paulo pinguius dictum sit a Cuiac. 17. *Obser.* 18. querelam hanc non tantum in multis imitari actionem iniuriarum, sed & principaliter, hic magis caussam doloris agi, & notæ inflictæ filio, quam pecuniæ: Ideoque actionibus, quæ vindictæ potius quam pecuniæ persecutionem habent, accenseri debere, vid. *not. infra* 22. *Cap.* 9. *N.* 6. *subfin.*

latæ, propositam ex caussa inofficiosi testamenti.

X. Atque eo magis hæc sententia nobis retinenda est, quod si eum vulgo statuerimus, querelam inofficiosi non habere petitionem hereditatis, sed in his actionibus duo esse iudicia diversa: incurremus in certas has reprehensiones duas, ut cogamur fateri scilicet, querelam esse actionem, quæ tamen si de definitione actionis quæritur, non sit persecutio eius quod nobis debetur; si de divisione actionum, non sit in rem actio, & multo minus actio in personam: quorum alterum adversus definitionem certam actionis dicitur: alterum adversus certam omnium actionum divisionem. Querelam actionem esse, & eam qua iudicio de inofficioso testamento agitur, & ostendimus antea, & innumeris pene locis declaratur, *L. 7. L. nam etsi, §. ult. L. eum qui. §. 1. L. filio. L. mater, D. de inoffic. testam. § tam autem, Inst. eod.* Atqui si querela inofficiosi petitionem hereditatis non habet, non persequitur hæc actio quidquam, quod nobis debeatur. Quid enim aliud hæc querela sine hereditatis petitione: quam affirmat testamentum esse inofficiosum, & hanc eamdem pronuntiationem a iudice postulat? Ita etiam hæc actio non erit actio; aut verum non est omnem actionem esse persecutionem eius quod sibi debetur. Iam ut quis dederit querelam inofficiosi semotam a petitione hereditatis, esse actionem: tamen illud suscipiendum erit isto modo eiusmodi actionem esse, quæ neque sit in rem, neque in personam. Non in rem; quia huiusmodi actione non petimus ullam rem nostram, ac ne testamentum quidem, quod est alienum. Multo minus in personam; cum non sit querela adversus quemquam qui nobis sit obligatus. Quæ si eum definitione actionis, & divisione huius generis certa tam aperte pugnant, & suscipienda sunt ei, qui querelam inofficiosi per se solam actionem esse dicat, petitionem hereditatis continere neget: omnia concurrunt, quæ nos certo in superiore sententia confirment, ut statuamus in querela inofficiosi testamenti unam actionem & unum iudicium versari, quo contineatur & petitio hereditatis, & inofficiosi querela: petitio hereditatis tanquam res summa & principalis quæ in iudicium deducatur, querela tanquam caussa huius actionis, qua fiat ut impedimento testamenti amoto, ad hereditatem quæ petitur perveniatur. Quod non dissimiliter fit, atque si quis pecuniam sibi debitam petat ex stipulatione. Petit enim pecuniam sibi solvi, quæ petitio est huius iudicii propria, sed petit ex hac caussa, quod stipulatione promissa sit. In quo tamen constat duo iudicia non versari, sed unum dumtaxat.

C A P. IV.

Quibus competat querela inofficiosi; Quod sit testamentum inofficiosum, & quibus rebus id contineatur.

Competit inofficiosi querela tribus cognatarum personarum generibus, nec pluribus. I.

1. *Liberis omnibus; spuriis etiam de testamento matris, patris non item.* II.
2. *Parentibus item omnibus.* III.
3. *Fratribus sive germanis, sive consanguineis.* IV.

Querela competit ex inofficioso. Testamentum inofficiosum quid, unde dictum. Tale effici rebus insimul quatuor. V. VI.

1. *Si præteriti testamento, aut exheredati liberi, parentes, fratres. Qui præteriti aut exheredati dicantur.* VII.
2. *Si immerito, & indigne ita habiti: immerita præteritio aut exheredatio multiplex.* VIII.

Liberorum. *Talis hæc, si destituta conditionibus a Iustiniano præstitutis; & quæ illa.* IX.

Parentum. *Hæc iisdem quibus superior modis fit talis.* X.

Fratrum. *Et hæc immerita, si turpis instituta persona; si nulla ex parte exclusi fratris sit caussa. Hæc quotuplex.* XI.

Qui turpis habeatur. An honesta & turpi personis institutis querela locum habeat, & quatenus. XII. XIII.

3. *Si nullo iure alio infirmari testamentum possit, ut aliunde perveniatur ad defuncti bona. Qui modi eius infirmandi iure Civili & prætorio.* XIV.

Alio iure *posse* ad bona *defuncti perveniri, ut cesset inofficiosi querela,*

rela, quid sit. Quid si de eo dubitetur. XV. XVI.

Quare cesset querela, si alio iure minime valeat testamentum. XVII.

Quo iure introducta, si & Civili & pretorio iuri contraria; quae introducendae ratio. XVIII.

Testamentum consistere, superioribus praeteritis aut exheredatis, si suos & emancipatos praeteritos exceperis: ut sit querelae locus iure veteri. XIX. XX. XXI.

Item Iustinianeo iure. Quatenus isto iure dilutione contrariorum explicatur. XXII. XXIII.

Pluribus exposita definitionis summa & conclusio. XXIV.

4. *Si qui praeteriti, aut exheredati debitam ex defuncti bonis portionem, seu quartam, ut vocant, non acceperint*. XXV.

Quarta legitima quot designetur appellationibus. XXVI.

Olim quarta, nunc triens; & in pluribus liberis quam quatuor, semis. XXVII.

Quarta, seu triens portionis ab intestato debitae. Exponitur §. quoniam in L. Papinianus D. de inoff. Test. XXVIII. XXIX. & seq.

Item portionis legitimae successionis iure perventurae. XXX.

Et quibus deductis aestimandae. XXXI.

In quartam imputari 1. *quae ex bonis defuncti ipso iure percipiuntur*. XXXII.

2. *Ea omnia quae iudicio defuncti capiuntur. Quot ista, & quae*. XXXIII.

Non imputari relicta ex fideicommisso iure veteri: quid ex iure Iustinianeo. XXXIV.

Non imputari liberis quae ex substitutione, vel iure accrescendi aliunde quam ex substantia patris obvenere; sed aliis imputari. XXXV.

Quatenus liberis imputentur in quartam Iustinianeo iure quae capiuntur iure legati, aut fideicommissi. XXXVI.

3. *Donata inter vivos a testatore ea lege ut imputentur; secus data sine ea lege. Tria excipi & quae*. XXXVII.

Tota quarta relicta querelam excludi. Minime vero, si nihil relictum eo nomine. XXXVIII.

At ex parte si relicta, agi ad supplementum. XXXIX.

Quid si inter vivos aliquid donatum, ut & imputetur in quartam, & renuncietur querelae; an idem iuris in liberis, & in aliis. XL.

I. GEnere actionis hic constituto, quod in actione recte instituenda primum est, cui competat, videamus. Competit querela inofficiosi testamenti certis tantum personis, & his paucis: neque his simpliciter; sed ut actiones fere omnes certis conditionibus. A personis, competit solum sanguine coniunctis, qui nisi testamento inofficioso exclusi essent, futuri erant defuncti legitimi heredes: quo iure & nunc ad petitionem utuntur. Neque tamen [1] his omnibus. Competit tantum tribus his generibus personarum, adversus quas solas visum est testamentum inofficiosum fieri posse, & competit isto ordine: liberis primum, deinde parentibus, tertio fratribus. Ultra fratres nulli cognationum competit [2] ne patruis quidem, aut avunculis, multoque minus consobrinis, aut inferioribus cognatis. *L.* 1. *D. de inoff. testam. Inst. eod.* in prin. Sed an omnibus his iniuste summotis querela competit?

II. Et in liberis, placet his competere [3] omnibus. Itaque non tantum datur naturalibus liberis, sed etiam adoptivis, pro [4] distinctione tamen lege Iustiniani in hac re constituta, §. *tum autem, Instit. de*

1) Non bona est consequentia affirmans. Facultas enim succedendi ab intestato plenior, P. Greg. 44 *Synt.* 5. *n.* 1. Covar. 4. *Var. Resol.* 21. *n.* 2. & multi ad eam admittuntur, qui non ad querelam, Duar. *h. t. Cap.* 6. Illa enim secundum tacitam voluntatem defuncti, hic contra expressam succeditur, Ant. Rubeus *ad L.* 14. *D. hoc tit. Cap.* 2. *n.* 8. Sed bona est consequentia negans. Qui non succedit ab intestato, nec ius querelae, nec petendae legitimae habet, vid. *infra N.* 25.

2) *L.* 21. *Cod. hoc tit.* quod tempore Iurisconsultorum certo iure non definitum, sentiunt Hot. *ad pr. L. h. t.* & Duar. *hoc tit. Cap.* 8. Sed iudices centum viros non facile admisisse. Igitur dici in *d. L.* 1. *melius facerent*. Gov. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 11. *&* *n.* 21. admitti quidem ulteriores, ut testamentum inofficiosum faciant, sed non vincere illos, ut rescindatur. Quod elusorium est. Equidem Wes. *ad Rubr. C. h. t. n.* 33. fratrum quoque filiis, quoties cum patruis succedunt, hanc competere censet, etsi non daretur si soli essent: Quod suspectum merito, & rectius negat Vult. *ad pr. I. hoc tit. n.* 10. Obstat *L.* 6. *pr.* vers. *sed & cognatorum h. t.* Resp. quidam neminem ibi agentem exceptione repulisse. Sed Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 16. *& seqq.* postumum cognatum illic esse nepotem ex filia, quem praetor ad bonorum possessionem ab intestato vocat; ea parte edicti, unde cognati.

3) Sive in potestate sint, sive non, ut emancipati *L.* 23. *princ. h. t.* vid. Gomez. 1. *Var Resol.* 11. *n.* 31. sive primi gradus, sive sequentium, si parentes eorum praedecesserint, etiam nepotibus ex filia, etsi hi olim differrent ab aliis *Nov.* 18. *Cap* 4. *princ.* vid. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 9. Duar. *h. t. Cap.* 6. Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 15.

4) Quod explicat Chiflet. *d. Cap.* 9. *pag. m.* 782 *& seq.* Et sic adoptatus ab extraneo, etsi ius successionis legitimae habeat, non tamen querelae, vid. *supra N.* 1.

de inoffic. test. L. pen. C. de adopt. Neque natis tantum, sed & posthumis, & his quidem etiam alienis, idest, qui nati inter suos heredes futuri non essent. *L. 6. in princ. D. de inoffic. testam. §. tam autem, Inst. eod.* Ita nimirum dictante regula iuris, qua placet, qui in utero sunt, cum de commodis eorum agitur, ubique pro iam natis haberi. *L. in utero, L. penult. D. de stat. hom.* Quid, si sit filius spurius præteritus testamento parentis? & spurio adversus testamentum patris [5] nulla esse potest querela inofficiosi; quia patrem habere non creditur. *L. vulgo, D. de stat. hom.* At præteritus testamento matris de inofficioso testamento matris [6] queri potest. *L. si suscepta, §. 1. D. de inoff. testam.* Nihil ad rem pertinet, quod spurius ex legitimis nuptiis susceptus non est. Non enim minus mater est quæ peperit: nec minus filius, qui natus est: mater autem semper certa. *D. de in ius voc.* Quid si pater filium in testamento ita præterierit, aut exheredarit, ut eum negaret filium esse? Non eo minus & huic querela inofficiosi dabitur, si est filius. Immo ideo æquius huic dari, quia ista negatione crescit iniuria præteritionis & exheredationis, propter quam iniuriam querela comparata est. *L. si instituta, §. 1. D. de inoffic. testam.*

III. Etiamne parentibus omnibus similiter querela inofficiosi testamenti competit? Etiam omibus: puta non tantum patri adoptivo, sed etiam [7] naturali: nec tantum patri, aut reliquis per masculum sexum ascendentibus, sed etiam matri, aviæ, avo materno, & generaliter quicunque parentum nomen obtinent. *L. adversus, D. de inoffic. testam. §. ultim. Inst. de exh. lib.*

IV. At non item querela proposita est omnibus fratribus, quanvis testamento nulla de caussa ab hereditate exclusis. Solum proposita est [8] fratribus germanis, idest, qui eodem patre & eadem matre nati sunt; aut fratribus consanguineis, id est, qui eodem patre nati sunt, etiamsi ex diversis matribus, & diversis nuptiis. Denegata est fratribus uterinis, idest, iis qui sunt nati eadem matre, & eodem viro, non eodem patre. *L. fratres, C. de inoff. testam.* Sic autem consanguineos & uterinos fratres appellari, ut modo dixi, licet intelligere ex *§. hoc etiam, Inst. de leg. agn. suc. L.* pen. circa fin. *L.* ult. in pr. *C. de leg. hered.*

V. Sed quæcunque sunt hæ personæ, quibus querelam inofficiosi competere diximus, his competit certis conditionibus quæ in his circumstantiis versantur in caussa huius actionis, in persona testatoris, in perseverantia querelæ, & in ordine successionis. Nam neque ex omni caussa querela inofficiosi competit; neque adversus omnium testamenta, neque perpetuo,

5) Adeo ut, nec statuto contra disponi posse post Schurff censeat Goth. A *d. Th. 3. lit. D.* Naturales vero, id est ex concubina suscepti, quo casu ab intestato eis scatana defertur, (non exstantibus scilicet legitimis,) eo quoque legitimam habent, in scatante, Chiflet. *d. Cap. 9. pag.* 785. Proinde & ius querelæ, Cuiac. *in Nov.* 18. *p.* 515. quod & ita videri posse scribit, sed asseverare non audet Wesenb. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 27. Et reprobans Gomez in *L. Tauri 9. & seqq. n.* 11. Hotom. *Disput. de Spuriis Cap.* 3. Covar. *de Matrimon. P. 2. Cap.* 8. *n.* 24. Ant. Fab. *Cod. Fabr. tit. de Natural. lib. Defin.* 3. ac relati a Goth. Anton. *d. Th. 3. lit. E.* Confer. Valasc. *Tomo 1. Consult.* 94. Quid in legitimatis? Si per subsequens matrimonium, admittendi, itemque si a principe, vivo patre, ius legitimi consecuti, vid. Chiflet. *d. Cap. 9. pag.* 681. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 51. Curt. Senior. *Cons.* 35. Hotom. *Cons.* 18. Marc. Anton. Cucch. *in auth. noviss. Cap. hoc tit. in prælud. n.* 3. Forst. *d. de Success. ab int.* 37. *n.* 29. *& seq.* Covar. 4. *Var. Resol.* 21.

6) Nisi mater illustria, & nisi ex nefario complexu; per regulam quæ *supra N.* 5. Chiflet. *d. Cap* 9. *p.* 785. Claud. Battand. *Tr. Legitima Cap.* 3. *n.* 7. Duar. *h. t. Cap.* 6. Vasq. 3. *ill., Contr.* 106. *n.* 26. Unde hodie, ex quo omnis extra matrimonium coitus illicitus, spurios, nec matris testamentum querela evertere, statuit & pluribus firmat Goth. Anton. *Disput. de Legitima Th. 3. lit. D.* Et Gaspar. Ant. Tesaur. *Addit. ad Decis.* 126. Ant. Tessauri, naturalibus dari querelam contra testamentum matris, non spuriis. Atqui *L.* 27. *§.* 1. diserte spurios nominat.

7) Exempla patris naturalis, filio in adoptionem dato, habet Varer. *Lib. 7. Cap.* 7. P. Ærod. *Decretor. iur Lib. 1. Tit.* 23. Sic quoque mater de filii spurii testamento conqueri poterit, Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 1. ut & alii parentes, lineæ maternæ, Battand. *Tr. Legitima Cap.* 3. *n.* 9. nec non pater emancipati *L.* 14. *hoc tit.* Quin de filiis, qui non sunt in potestate, hoc omne accipiendum. Nam qui sunt, de Castrensibus libere testantur, ut *infra Cap.* 5. de alia, nullo modo. Quid in parentibus, qui ad secunda vota transierunt? Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 10. vult, uti mater eiusmodi, ab intestato in iis, quæ ex paterna substantia ad filium pervenerunt, tantum usumfructum percipit, aut ex testamento *C. de secund. nupt.* itaque a successione intestati arcetur, ideo & a legitima. Idemque ad patrem extendit, ex regula correlativorum, add. Ioan. Garonis *de Pæn. secundo nubent.* 41. *& seq.* Quibus consequens, querelam cessare: Contra, in matre quoque videtur Fachin. 3. *Contr.* 63.

8) Vid. *supra Lib. 6. Cap.* 15. *N.* 1. Duar. *hoc tit. C.* 8. Consanguinei, etsi eandem matrem non habeant, nihil fere distant a germanis, ut *L.* 10. *§.* 13. *de grad.* Non obstat quod idem ius videatur uterinis, ex quo agnationis, & cognationis differentia sublata, ut vult Hotom. *Disput. de Quarta legit. Cap. 2. in fin.* & eo propendet Azo in *Summa C. hoc tit. n.* 13. Nam id tantum, in successione intestati. Hic vero sumus in caussa testamenti. Sich. ad *d. L. 27. C. hoc tit. n.* 5. Tametsi Connan. 9. *& Comm.* 9. *n. 5. ex L. 3. D. & L. 21. C. h. t.* a contrario colligat, uterinis quoque olim competiisse querelam, & quidem omnibus absolute, etiam non turpi instituto: sed novo iure inducto Constantinum *L. 27. C. h. t.* querelam coarctasse. Quod & tanquam a nemine ante se animadversum sit, inculcat Castillo *Quotid. Contr. Cap.* 19. *n.* 11. *& 2. seqq.* Hinc naturalibus, quia ius consanguinitatis non habent, non datur, nec si rescripto legitimati, quia nec inde ius agnationis, nisi inter patrem, & filium, Sich. ad *d. L. 27. n.* 11. Wes. ad *Rubr. C h. n.* 36 Chiflet. *de Port. legit. C.* 11. ubi aliud statuit in fratribus per matrimonium legitimatis. Datur autem quoque Sorori consanguineæ *L. 21. C. h. t.* etsi contra alicui inde videri posset: quod, cum uterinis negetur, videatur ad ius gentis familiæ communis respectum. Fœmina autem in alienam transit.

tuo, & in ea ordo quidam est interdum successionis, ut dicendum sit suprascriptis personis competere querelam, si ea concurrent quæ in his circumstantiis ius exigit. Quæ cuiusmodi sint ordine cognoscamus. Et caussa si quæritur, apparet querelam competere ex hac caussa, atque hac conditione, si adversus eum qui de inofficioso agit, sit inofficiosum testamentum. Ita hic proprie loquendi locus est, quid sit testamentum inofficiosum, unde dictum sit, & quibus rebus id vitium contineatur.

VI. Testamentum inofficiosum sic recte definiamus, testamentum in quo liberi, aut parentes, aut fratres consanguinei vel præteriti sunt immerito, vel immerito exheredati, si modo & testamentum nihilominus iure legitimo consistit, & nec his debita portio ex bonis defuncti relicta sit. Quæ si recta definitio est, habet inofficiosi summa conditio quatuor hasce res tanquam partes in se inclusas, quibus constet; si supra scriptæ personæ præteritæ sint testamento, aut exheredatæ: Si immerito; Si his præteritis aut exheredatis, testamentum nihilominus iure consistat; Si nec hi debitam portionem ex bonis defuncti habeant. Tot vero sunt conditiones, tot res quæ definitione inofficiosi continentur, neque plures; ut si hæ ita probantur, nullam dubitationem res habitura sit, quin vera sit & recta definitio. Atqui singulæ conditiones certis nec obscuris locis demonstrantur. Prima & secunda in *L.* 3. *L.* 5. *D. de inoff. test. Inst. eod.* in pr. Tertia in *§. tam autem, Instit. eod.* Quarta in *§. ult. eiusdem tituli.* Ita dictum inofficiosum, quia iis personis quas diximus, ita præteritis aut exheredatis, ut supra comprehensum est, testamentum factum est non 9 ex officio pietatis, ut pote exclusis hereditate iis, quibus maxime pietatis iure relinqui oportebat. *L.* 2. *D. eod.* Tot in definitione inofficiosi inesse conditiones cum dicimus, hoc dicimus, si simul eveniat, ut veræ sint, quemadmodum hoc modo constituitur testamentum inofficiosum, ita & querelæ inofficiosi locum esse; sin una aliqua ex his deficiat, querelam cessare. Quapropter quid singulæ contineant, videamus.

VII. Primum ergo ex conditione inofficiosi hoc exigimus, ut liberi, parentes, fratres, quibus inofficiosi querelam damus, præteriti sint testamento aut exheredati. *d. L.* 3. *D. de inof. test. Inst. eod.* in pr. Præteriti dicuntur in usu iuris, non quibus nihil omnino datum est testamento, sed qui in iure hereditatis sunt præteriti, idest neque instituti heredes, neque exheredati. *§. eadem, Inst. de her. quæ ab int. def.* Exheredati, qui verbis testatoris remoti sunt ab hereditate, sive iubeat esse exheredes, sive aliis verbis testetur se nolle eos sibi heredes esse: dum tamen rite exheredentur. Non rite exheredati, tanquam qui omnino exheredati non sint, præteriti habentur. *L. non putavit, §. non quævis, D. de bon. possess. cont. tab.* Quomodo rite exheredentur sive liberi, sive parentes, sumendum est ex iis quæ de exheredatione liberorum aut parentum supra suis locis diximus. Quid si liberi parentesve instituti quidem sint heredes, sed minima ex parte hereditatis, quæ minime contineat portionem legibus debitam, de qua postea? Etiam olim hoc casu de inofficioso 10 queri licebat. *§. ultim. Inst. de inoff. testam.* Hodie ex constitutione Iustiniani non licet: non quia non debeat institutus obtinere portionem debitam; sed quia testamento servato placet insti-

9) Paul. 5. *Sent.* 5. §. 1. Non vero inde, quod cum nihil a filio contra patris dignitatem tentari conveniat, res tota religioni, & officio magistratus relicta sit, ut Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 28. Dicuntur & testamenta ingrata, Sueton. *in Caligula. Testamenta primipilarium, ut ingrata rescidit.* Unde liberi non instituti ἀχαριστούμενοι Niceph. 3. *Eccles. Histor.* 31. ref. Cuiac 3. *Obs.* 8 Contra quibus legitima relicta dicuntur χαριν ἴχειν dicuntur. Et inhumana, uti improba illa, quibus turpes instituti, Cuiac. ad *L.* 1. *& seqq. D. h. t.* Gnvean. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 10.

10) Ita Molinæ. *de inoff. donat.* *n* 5. & A. Fab. 14. *Err. Pragmat* 8. Olim, si quid modicum deesset legitimæ, querelam subvertisse totum testamentum. Hinc Accurs. vers. *aut si minus L.* 25 *pr. D. h. t* ubi quartæ repletionis mentio, a compositoribus adiectum, quem sequitur A. Fab 40 *Err. Pragm.* 5. *pag.* 763 Sed notatur a Bart. Ang. Castr. & aliis teste Roderico Suarez. in *Repet. L. quoniam* 32. *Cod hoc tit. in evidentialib. n.* 1. & a Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 13. & Cuiac. ad *d. L.* 25. Recte. Quia idem habetur *in Fragm.* Pauli 4. *Sent.* 5. §. 7. quam certe Triboniano adscribere A. Fab nullo modo poterit. Unde Chiflet. *de Port legit. Cap.* 15 *p.* 839. optionem, casu quartæ non integræ relictæ, filio fuisse, statuit, vel convellendi iudicium defuncti, per querelam; vel, si verecundior pudori patris parcere velit, implementum quartæ exigendi. Suarez. vero *d. loc. n.* 3. *&* 4. assignata filiis a patre vivo legitima per donationem, in quam consensit filius, de qua tractat, *d. L.* 25. per verba: *hac contemplatione*, concessam fuisse, iure antiquo, repletionem quartæ. Ius vero novum in *L.* 30. *Cod. hoc tit.* ab Imperatore induci, quoad relicta testamento, in quæ filius non consentit. Quod vero *d. L.* 25. loquatur ab intestato, probari per verba eiusdem, *aut conferri* iunct. *L.* 1. *C de coll.* Quia, eo tempore, nulla collatio in caussa testati, Quæ non improbo. Sed quia Paul. *d.* §. 7. aperte concedit impletionem ei, qui in iudicio patris minus quarta consecutus, atque ita in ultimo elogio, puto, Chifletio adhærendum. Nisi cum Connan. *d. n.* 3. dicere malis, quod quoties quid, aut inter vivos, aut ex testamento datum, ea lege, ut quartæ loco esset; non licuisse de inofficioso queri, sed agere ad repletionem. Quia nihil inofficiose testator fecerit, qui putavit rem assignatam tanti esse, quanti quarta ipsa, si errore lapsus, eaque minoris sit, Iure Codicis vero & ex *L.* 30. *Cod. hoc tit.* necesse est agatur, ad supplementum, si vel minimum quid testator reliquerit, etsi non putaverit sufficere ad legitimam, ac etsi plus petere vetuerit, ut *infra N.* 45.

institutum agere posse si videtur, ut quod portioni debitæ deest, suppleatur. *L. omnimodo, C. de inoff. test.* de quo & ipso plura postea in explicatione quartæ conditionis.

VIII. Secundum exigimus, ut præteriti isti, aut exheredati, præteriti sint vel exheredati, ut Marcellus loquitur, immerito, seu indigne, ut Iustinianus, inique. *L. 5. D. eod. Inst. eod.* in pr. Immeritæ istius præteritionis, exheredationisve non una & eadem ratio est in liberis, & parentibus, sed multo minus in fratribus. Quamobrem quæ cuique ordini istarum personarum conveniat separatim cognoscendum est.

IX. Liberi immerito præteriti exheredative dicuntur, adversus quos horum alterutrum constitutum est, ut constitutum sit sine caussa legibus cognita, & aliter, quam de his caussis faciendum esse iure cautum est. De caussis huius generis tria Iustinianus constituit. Primum exigit iustas caussas ingratitudinis, caussas adversus parentem: sed & eas non quas sibi quisque finget pro affectu & animi indignatione, sed certas & definitas: quas & ipse ad eam rem ne qua in posterum esset dubitatio, nominatim lege complexus est, numero ad quatuordecim. Hoc ille in *Novel. ut cum de app. cog. §. aliud quoque*, & deinceps: unde *auth. non licet, C. de liber. præt. vel exher.* Deinde exigit, ut caussa, sive erit una aliqua ex his, sive plures, nominatim adscribatur testamento: ut nisi adscripta nihil prosit postea heredi scripto eam quanvis veram obiicere filio. Tertium, ut caussa quæ adscripta erit, probetur ab herede, non purgatio sui a filio exigatur, quod iu iure vetere contra erat. *L. si liberi, C. de inoffic. testam. L. 5. D. eod.* horum ille urumque cavit in *ead. Novel. ut cum de appel. cog. §. sive igitur*. Hinc iam facile intelligi potest id, quod nunc in liberis quærimus, quibus modis fiat, ut hi immerito præteriti, vel exheredati intelligantur. Quatuor modis id accidit, videlicet ex superiore constitutione. Primo, si pater nullam omnino ingratitudinis caussam habuit, quæ possit obiici filio: ut si proponas infantem esse exheredatum. Secundo, si quam habuit, sed non legitimam, non unam aliquam ex iis quas a Iustiniano definitas esse modo diximus. Tertio, si legitimam habuit, sed testamento non adscripsit. Quarto, si adscripsit, sed heres non potest probare.

X. In parentibus præteritis aut exheredatis eadem prope præteritionis & exheredationis istius immeritæ descriptio est. Nam & hos Iustinianus hereditate excludi vult iustis de caussis; ac de his caussis eadem illa tria constituit: primum ut sint legitimæ, quam ad rem & ipse certas complexus est, quibus solis locum esse voluit: tum ut adscribantur testamento: postremo etiam ut probentur ab herede: hæc ille in eadem *Nov. §. iustum*. Adversus quæ si quis parens prætereatur aut exheredetur a liberis facile intellectu est, eam esse exclusionem, quam immerentem dicimus. Ut autem adversus ea fiat, etiam totidem illis modis quatuor accidere perspicuum est. Solum inter liberos & parentes in his caussis hoc interest, quod adversus liberos quatuordecim caussas Iustinianus posuit quæ illos excludant, quia tot caussæ ingratitudinis adversus parentes in liberos cadere possunt; adversus parentes posuit tantum septem, quæ illos removeant, personarum conditioni nimirum serviens, quia non plures iustæ offensionis caussæ in parentem adversus liberos cadere posse videbantur.

XI. Dissimilis longe fratrum conditio, cum quæritur, quando hi immerito præteriti vel exheredati habendi sint. Tunc solum frater existimatur immerito præteritus aut exheredatus testamento fratris, cum id factum est turpi persona herede a fratre instituta; quibus verbis Iustinianus utitur *Inst. eod.* in pr. Unde intelligitur, si qua honesta persona instituta sit a fratre, puta patruus, avunculus, consobrinus, aut inferior cognatus: atque adeo vel uxor, vel amicus; non alias caussas, . ingratitudinis adversus fratrem quærendas esse, quæ agentem de inofficioso summoveant; sed hanc abunde idoneam caussam esse, cur videatur frater non immerito, non indigne exclusus, eoque nec possit de inofficioso fratris testamento agere. Plus dicimus, etsi persona turpis heres instituta sit testamento fratris, tamen iustas caussas esse, quibus ab hoc ipso herede possit frater præteritus aut exheredatus removeri. Huius generis caussæ fuut quinque. Prima, si frater superstes vitæ fratris defuncti olim insidias struxit. Secunda, si fratrem vivum capitis accusavit. Tertia, si eum bonis evertere conatus est: puta summisso igne eius ædibus, in quibus erant fratris bona; aut perforata nave, in qua ea bona vehebantur. Quas caussas ingratitudinis tres adversus fratrem posuit Iustinianus in *Novel. de nupt. §. ingratitudinem*. Et ad eum removendum iustas esse voluit. Nempe ad eum removendum tum, cum alio-

qui de inofficioso fratris testamento queri potuit: quod fit, cum instituta est a frate turpis persona: ut intelligamus, etiam turpi personæ heredi institutæ prodesse has caussas ad fratrem summovendum. Et notandum non exigere ibi Iustinianum, ut eæ caussæ adscribantur testamento fratris: ut intelligere liceat etiam non adscriptis a fratre his caussis, tamen eas ab herede turpi personæ iuste fratri agenti obiici posse. Quarta caussa est, si frater hereditate exclusus eadem turpitudine vitæ laboret; qua heres institutus. *L. in arenam*, in fin. *C. de inoff. test.* Merito, non enim recte improbet frater mores in herede, quos ipse in sua persona probavit. *L. cum mulier*, 47. *D. sol. mat.* Quinta caussa est, si frater decesserit servo necessario herede instituto: exceptio nominatim addita in *L. fratres*, in fin. *C. de inoff. test.* Hæc caussa ex eo, quod multum semper huic institutioni tribuendum esse visum est, dum id agitur, ut egentes homines, quibus alius heres exstiturus non esset, hunc servum sibi necessarium heredem haberent, quo aut is satis faceret creditoribus, aut non solvente eo, creditores servi nomine bona venderent, ne iniuria defunctus afficiatur: hoc Iustinianus *tit. Inst. quib. ex cau. ma. non lic.* in pr. Sic fit, ut tunc demum frater videatur immerito a fratre exclusus, quam ob caussam & is de inofficioso testamento fratris queri possit, si turpis persona heres institutus sit, nec ulla caussa sit ex superioribus, quam heres scriptus vere obiicere possit fratri, aut obiectam probare. Quod cum eveniet, si heres scriptus negabit se turpem personam esse, huc res redibit, ut iam hic quærendum sit, quam turpem personam vocemus.

XII. Res cum definita sit in *d. L. fratres*, *C. de inoff. test.* ea definitione utimur. Nam cum veteribus quibusdam constitutionibus cautum esset, fratre aut sorore testamento fratris exclusis, posse hos de inofficioso agere turpibus personis scriptis heredibus, quæ verba usurpavit Iustinianus *Inst. de inoff. test.* in pr. hæc veluti interpretatus Constantinus in *d. L. fratres*. ita scripsit, consanguineos contra testamentum fratris vel sororis de inofficioso quæstionem movere posse, *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur*. Sint ergo turpes personæ, quæ nominantur in prioribus constitutionibus, eæ quæ huiusmodi aliqua macula adsperguntur. Eas maculas sic, puto, recte distinguemus, ut infamiæ macula sit, quæ veram infamiam iure irrogatam continet: de quo genere supra suo loco diximus. Turpitudinis macula, cum quis sine infamia iure irrogata ob delictum aliquod plectitur libertate & civitate salva; ut cum quis ordine movetur, aut relegatur, aut fustibus cæditur: nam his rebus publice minui existimationem Callistratus scribit in *L. penult. D. de ext. cog.* nempe opinione hominum recepta: cum alioqui constet non pœnam infamiam inferre, sed caussam, propter quam pœna affectus est; si ea caussa fuit, quæ infamiam damnato irrogaret. *L. ictus*, *D. de his qui not. inf.* Levis autem notæ maculam recte interpretemur omnem, quæ extra infamiam, quam ius irrogat: itemque extra omnem delicti coercitionem posita: tamen vel opinione hominum vel saltem apud bonos & graves viros opinionem eius qui notatur, onerat. Cuiusmodi est, quæ ex his factis nasci solet: veluti si parens aut patronus, iudicium acceptat per procuratorem, conventus actione de dolo, aut iniuriarum: hic enim neque procurator fit infamis, damnatus altero nomine, neque parens aut patronus, non damnatus. *L. furti*, §. 1. *D. de his qui not. inf.* Sed quia de eorum facto & delicto agitur, si & de eo pronuntietur, non evadunt opinione hominum infamiæ notam, ait Iulianus. *L. 2. D. de obseq.* Item si pater testamento filios suos increpans ea dixit illos admisisse, quæ si vera essent, non effugerent impietatis, aut magni alicuius criminis reprehensionem. *L. ea quæ*, *C. ex quib. caus. inf. irro.* Hoc ergo dicimus, si qua talis persona testamento fratris heres instituta sit, quæ aliqua ex his macula laboret, eam esse turpem personam, quam hic accipi volumus, & adversus quam sit fratri aut sorori consanguineæ proposita inofficiosi querela. Aliam omnem personam honestam videri: qua herede instituta, sine alia ulla caussa denegetur omnibus fratribus hæc ipsa actio inofficiosi.

XIII. Quid ergo dicemus, si duobus heredibus institutis unius persona sit turpis, alterius honesta? an turpis personæ institutionem prævalere, ut tanquam inofficiosum testamentum in totum rescindi possit; an potius prævalere institutionem honestæ personæ, ut testamentum in totum conservetur? Neutrum dicemus: sed adversus 11 turpem heredem esse querelam inofficiosi

11) Et, si turpis hoc casu, repudiet suam partem, coheredi accrescit, nec nascitur querela, M. Ant. Cuch. in *Auth. noviss. C. hoc tit. in pr. n. 2.*

ciosi testamenti, qua pars hereditatis ex qua institutus erat, ei evincatur, adversus alterum non esse; ut totam partem, ex qua institutus est, retineat. Ita fieri, ut frater defunctus videatur pro parte testatus decessisse, & pro parte intestatus. *L. circa, D. de inoff. test.* quod in querela inofficiosi testamenti statui, neque novum est, neque absurdum, de quo plura postea, cum de fine & effectu huius iudicii dicemus.

XIV. Tertium exigimus ad caussam inofficiosi, ut præteritis vel exheredatis immerito supra scriptis personis, nihilominus testamentum iure consistat. Quod si testamentum aliquo iure non valebit, ut alia via veniri possit ad defuncti bona, sive iure civili id fiat, sive prætorio, querelæ inofficiosi locus non erit. *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* ut non inepte dicatur vulgo querela esse [12] subsidiarium remedium ad hereditatem auferendam, cui locus fit deficientibus aliis omnibus auxiliis. Iure civili testamentum non valet, quod vel iniustum est, vel ruptum, vel irritum. Iniustum fit liberis præteritis, qui erant in potestate. Rumpitur agnatione, vel quasi agnatione postumi, aut alio testamento postea iure facto. Irritum fit aut mutatione status testatoris, aut hereditate ex testamento non adita: qui modi infirmandi iure civili testamenti traduntur *tit. Inst. quib. mod. test. inf. L. 1. L. 2.* & deinceps. *D. de iniust. rup. & irr. fac. test.* ac de his abunde quod satis est, suo loco diximus. Propone uno aliquo ex his immerentem filium aut patrem esse exheredatum. Non ideo adversus hæc testamenta utetur exheredatus querela inofficiosi. Quod quidem in hoc genere dici minus mirum est: quoniam inofficiosi actio eo maxime pertinet, ut testamentum primo rescindatur. *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* superiora autem testamenta ipsa per se nulla sunt iure civili: neque vero natura patitur, ut rumpatur aut rescindatur, quod nullum est. *L. 5. D. de iniust. rup.* Sed amplius dicimus, etiamsi iure civili testamentum valeat, quia neque iniustum sit, neque ruptum, neque irritum, si tamen iure prætorio rescindi possit, petita contra tabulas bonorum possessione, idem iuris esse de inofficioso, ut hic quoque cesset inofficiosi querela. Datur bonorum possessio liberis præteritis testamento patris: sed maxime emancipaturum caussa comparata est; adversus quos alioqui testamentum stat & valet iure civili. *§. emancipatos, Inst. de exh. lib.* Faciamus ergo filium emancipatum præteritum. De eo ita scribit Paulus in *L. si ponas, D. de inof. test.* quanvis nepos ex eo in potestate retentus heres institutus sit, posse tamen filium contra filium suum testatoris nepotem petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non posse. Hic tamen occurrit contra exemplum patris emancipatoris præteriti a filio, quem emancipavit. Nam huic constat competere bonorum possessionem contra tabulas filii. *L. 1. D. si a par. quis fu. man. L. filio, §. 1. D. de inof. test.* Et tamen huic eidem placet ius antiquum esse, quod & sine manumissione habebat, ut scriptum est in *d. L. 1. §. ult. si a par. quis fue. ma.* id autem valet, nihilominus & ei querelam inofficiosi dari: quam & ipsam ei competere diserte scriptum est a Papiniano in *L. pater, D. de inoff. test.* Sed idem Papinianus suggerit in *d. L. filio, §. 1.* quid hic respondeamus. Scribit enim de hac bonorum possessione, in ea de iure patris quæri, non de iure testamenti: significans hoc iudicio non rescindi testamentum filii, nec eo ad bona filii integra tanquam rescisso testamento patrem venire; sed patrem petere tantum portionem in bonis filii sibi iure debitam, quam & eo iudicio auferat, olim dimidiam, nunc tertiam, rato interim manente per omnia filii testamento. Sic ius est patroni in bonis liberti. *§. 1. §. sed nostra, Inst. de suc. lib.* Idem ergo in bonis filii emancipati ius patris, qui exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittitur. *L. 1.* in pr. *D. si a par. quis fue. ma.* Hinc de superiore obiectione fit hoc responsum, ex quo & quale sit remedium querelæ inofficiosi, & quatenus subsidiarium, intelligetur.

XV.

12) Ultimum adiutorium *L. 4.* vers. *nam cum ultimum C. d. lib. pras.* Adeo ut, per restitutionem in integrum, etsi hæc æque subsidiaria, excludatur, arg. *L. C. de inoff. don.* iunct. *L. ult. C. eod.* Ant. Rub. *L. 14. D. hoc tit.* Cap. 3. add. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 108. *n.* 36. *& seqq.* Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 16. *& seqq.* diss. Wes. ad *Rub. C. h. t. n.* 23. existimans querelam hanc elective, ut loquitur, concurrere cum omnibus remediis, quæ testamentum rescindunt. Et *d. §. 2. l. h. t.* negari querelam ei, *qui alio iure, &c.* scilicet salva testamenti caussa, ipsove iure Quia enim, pergit, alia remedia rescindentia æque odiosa, & testamentum oppugnant, non coarctanda est agendi licentia. Et uno deficiente, alio uti licet *L. 14. D. L. 14. & L. 16. Cod. h. t.* non autem simul *d. L. 16.* quia contraria sunt, testamentum nullum esse, & inofficiosum. Hoc sensu, subdit, dicitur ultimum adiutorium *d. L. 4.* scilicet competens iis, qui alio iure non iuvantur. Non inde sequitur: Qui alio iure iuvantur, hac carere; sed tantum eo usque, quod alio quis experitur, hanc cessare, tolli autem ita si per id suum, quod debuit, adeptus fuerit. Ita Wesenb. qui & urget *L. 8. §. 12. D. h. t.* Sed cum nostro pleraque interpretum turba statuit. Quod ita forte declarandum arg. *L. 7. §. 3. de dolo.* Ut ubi iusta dubitandi caussa, an alio remedio æque cautum sit, querelam intentans audiatur *d. L. 8. §. 12. d. L. 14. & 16.* vid. & Govean. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 18.

XV. Quod dicitur, si quo alio iure, aliave via ad defuncti bona veniri potest, de inofficioso agi non posse, quæ definitio est *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* Sic accipiendum est, si quo alio simili iure veniri possit, ad defuncti bona, aut si quo veniri possit ad bona, bona, inquam, nniversa, non partem bonornm: proinde eo iudicio, in quo quæratur de iure testamenti, utrum rescindi debeat, necne, ut Papinianus loquitur: quo eodem iudicio & testamentum rescindatur, ut sic fiat paterfamilias intestatus, similiter ut fit in querela inofficiosi. Eiusmodi, inquam, ius aut via si est ad infirmandum testamentum, perveniendumque ad defuncti bona, tum sane de inofficioso agi non potest. Diversum est, si qua via est ad auferendam aliquam partem bonorum sibi debitam, contra tabulas quidem, attamen manente nihilominus testamento. Ac talis est ista bonorum possessio quæ patri emancipatori præterito competit: in qua propterea dicitur de iure patris quæri, non de testamenti iure. Hæc querelam inofficiosi non [13] excludet. Et merito: valde enim iniquum sit, cum per querelam inofficiosi plus consequi liceat, hanc cuiquam adimere substituta alia via, qua non idem consequare. Quod si alia idem consequi licebit, manebit quod diximus, tum de inofficioso agi non posse.

XVI. Non solum autem si iam certum sit contra testamentum alio iure ad hereditatem veniri posse, sed etiam si sit in pendenti, an possit, querela inofficiosi non datnr. Hinc placet ante aditam hereditatem querelam non nasci. *L. Papinianus, §. si conditioni, D. de inoff. test.* Nam ante quandin pendet, an adeatur hereditas: tandiu incertum est, an testamentum valeat, necne. Potest enim heres postea hereditatem [14] repudiare, ac tum fit paterfamilias iure ipso intestatus? ut tum quoque sine alia rescissione testamenti ad hereditatem veniri possit ab intestato. *Inst. de her. quæ ab intest. def.* in prin Dicendum igitur tunc demum inofficiosi querelæ locum esse, cum cætero iure testamentum valere constabit, & civili & prætorio: ut hinc nullum sit auxilium ad testamentum infirmandum, quantumvis eo testamento superiores personæ sint indigne præteritæ aut exheredatæ.

XVII. Enimvero cur ita ius esse placuit, cum superioribus personis iniusto aut rupto, aut irrito testamento inique exclusis, appareat non minus & hic factum a testatore esse contra officium pietatis? Receptum duabus de caussis. Primum quia inofficiosum hic dicimus, quod nihil nisi inofficiosum est, ut cæteris rebus consistens unam relinquat nobis querelam, qua de eius iniquitate queramur Deinde quia inofficiosi accusatio ad nonnullam defuncti infamiam pertinet. Nam qui inique & contra officium pietatis se exclusum testamento dicit, is non obscure testatorem iniquitatis & impietatis insimulat. Ideo hic factum idem, quod in actione de dolo. Ut hanc quia famosa est, visum est, non temere decerni debere: quam ob rem & a prætore ita proponitur, si nulla alia de eadem re sit actio: *L. 1. §. ait. D. de dol.* ita & accusatio inofficiosi cum sit aliquo modo famosa, non videtur debuisse, nisi omnibus aliis remediis deficientibus admitti. Interim illud semper relinquitur, admissam eam esse, cum testamentum omni iure valet & civili

13) Recte. Et convenit Vult. *in §. tam. a. 2. Inst. h. t. n.* 4. Rubeus ad *L. 14. h. t. Cap.* 4. *n.* 1. quia, ait, ex diversis fontibus oriuntur, & ad diversa competunt, cum bonorum possessio solam legitimam evocet, querela rem ad intestati caussam, reducat, confer Valasc. *Tomo 1. Cons.* 94. *n* 14. Prior vero ratio sola, quod ex diversis caussis, &c. non sufficiens, qua nituntur Cuiac. 8. *Obs.* 23. Goveao. 1. *Var. Lect.* 5. *n.* 20. Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 3. Quia, inquiunt, illa datur ceu manumissori; hæc ceu patri; illa beneficio emancipationis, hæc coniunctionis iure. Duplex nomen ut sustinet emancipator parens, ita dupliciter ei succurri. Nec alteram alterius ius tollere, uti non desinit pater, quia manumissor & contra. Et putat hic Cuiac. *d. C.* 23. *& ad L. 14. D. hoc t.* exemplum esse *L. quoties* 91. *de R. I.* Qui & in *d. L.* 1 *§. ult. Si a par. man.* per ius antiquum intelligit hanc querelam, post Vigl. in §. 2. *Inst. hoc tit.* & probat Vult in *d. §. 2. n.* 4. Wesenb. ad *Rubr. C. hoc tit. n.* 17. Chiflet. *de Port. legit. Cap* 4. Goth. ad *d. §. ult.* add. Marc. Vetran. Maurus *de Iure liberorum Cap.* 23. ut sensus sit verborum *nec enim, &c.* Ne beneficium, quod emancipando contulit in filium, sit patri damnosum, nisi & querelam inofficiosi haberet, quæ uberior. Sed hæc expositio displicet A. Fabro 1. *Iurispr.* 11. *Princ.* 10. *Illat.* 4. *pag.* 672. *& seqq.* (1) Quia IC. *d. §. ult.* loquitur de eo antiquo iure, quod accepta iam bonorum possessione (cum *d. L.* 91. *de R. I.* de repudiato uno iure loquatur) & sic per eam rescisso testamento, sibi pater defendit. Semel autem rescissum, amplius per querelam rescindi nequit: (2) per verba; *Quod & sine manumissione habebat.* Querelam sine ea non haberet, quia non posset filius non manumissus, condere testamentum. Sed hæc posteriora parum urgent. Potest enim querelam habere pater sine manumissione sua; scilicet si forte filius ab alio, puta, avo, in cuius potestate fuit emancipatus, &c. Ipse autem, Faber exponit de iure dominii, quod in bonis omnibus prædefuncti filii habuit pater, &c. de quo, si lubet, eum consule. Aliter Rubeus *d. C.* 4. *n.* 6. intelligens de iure antiquo competenti patri, qui pepigit de succedendo ipsi filio, dum contracta fiducia, manumisit, & Io. Gutier. in *Repet L. pater.* 14. *D. hoc tit. n.* 12. Perquam vero improbabiliter *Gl. d. L. 14 hoc tit.* ref. Rubeo add. *L. 14. Cap.* 3. *n.* 5. & Azo ibidem, quem defendit Walth. 1. *Misc.* 17 Verba *ad querelam d L.* 14. exponunt, id est ad bonorum possessionem contra tabulas. Etsi enim, & ea querela nominetur, *princ. I. de success. lib.* acceptio tamen illa, nec titulo, nec propositis convenit, & præcedentibus verbis *in quæstione de inofficioso*, plane repugnat.

14) Cum aditione demum vires sumat testamentum, qua non secuta, exheredatio nulla, non est ante quod rescindi possit. Duar. *hoc tit. Cap.* 0. & suspensa caussa est testamentaria, Wes. ad *Rub. Cap. hoc tit. n.* 10. *& n.* 40.

vili & prætorio, & ad id rescindendum comparatam esse. *L. non putavit*, in pr. *D. de bon. poss. con. tab.* proinde & receptam contra ius.

XVIII. Quæ res merito præbet occasionem quærendi hoc loco, quo iure ea sit inducta. Nam si contra ius civile & prætorium admissa est, quod ius relinquitur, quo eam inductam putemus: cum hæ species iuris duæ tantum numerentur? *L. ius autem, D. de iust. & iur.* Nempe hoc est. Introducta est querela inofficiosi contra ius civile, sed scriptum, puta contra legem duodecim tabularum, & reliquas leges, quæ testamentum non iniustum, neque ruptum, neque irritum tuentur; item contra ius prætorium, quod & ipsum scriptum est. Sed cum a iure civili scripto discesserimus, 15 relinquitur alterum genus iuris, quod est iuris non scripti, positum in moribus & consuetudine populi Romani, §. *constat, Inst. de iur. nat. gen. & civ.* Quo iure & querelam inofficiosi inductam esse dicemus. Idque unum nobis restat videlicet. Et vero ita res habet. Cœperunt enim primo homines sine iure certo queri apud iudices de inofficiosis testamentis sanguine coniunctorum: qua querela a iudicibus admissa cœperunt etiam testamenta rescindi, ut declarat Val. Maximus *lib. 7. cap. 7. de testamentis rescissis*. Quod, cum sæpius factum esset, abiit res paulatim in mores, sic deinde legibus & constitutionibus confirmata est, ut iam iure certo & scripto contineatur. Sed etiam hic ille scrupulus supererat. Nam ut ita admitteretur querelà contra ius, magnam aliquam & manifestam rationem esse oportuit. Quam ergo hic caussam dicemus? Nam quod contra officium pietatis hic aliquid peccatum est, nisi aliud adfertur, non videtur per se satis esse caussæ ad testamentum infirmandum. Licet enim unicuique iure publico de re sua statuere, ut vult, dum alii nihil adimat. *L. in re, C. mand.* sed maxime in supremis voluntatibus, de quibus ita lex est duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto. L. verbis. D. de verb. signif.* Hoc ergo est, quod tam sollicite veteres cum de hac querela agerent, initio ubique huius admittendæ addiderunt rationem. Et hanc reddunt congruentem cum regulis iuris de iniustis testamentis, ut dicant hoc colore de inofficioso testamento agi, quasi non

15) Recte. Nam quod iuris prætorii non sit, ceu vult Camil. Plauterius ad *Rub. C. Qui admitti n. 40. & seqq.* inde probant Cuiac. 2. *Obs.* 21. Govean. ad *L. 31. de vulg. & pup. n. 4 & 5.* Chiflet. *de Portion. legit. C. 4.* quia everso per hanc iusto testamento, sit testator intestatus; qui obtinuit, sit ipso iure heres; & qui institutus est desinit. Quæ vis prætori non est §. 2. *I. de bon. possess.* Quod vero iuris civilis non sit, aperte probat *L. 8. pr. D. de bon. possess. contra tab.* Accedit quod, & emancipatis competit, quos ius civile (scilicet scriptum) destituit. Denique si hac de re lata lex, certas personas, quibus querelam tribueret, designasset. At contra apparet ex *L. 1. hoc tit.* ut *supra N. 2.* Quare non est adhærendum Cuiacio, qui, *d. Cap. 21. & 3. Obs. 8. & 14 Obs. 24. QQ. Papin. ad L. 15. hoc tit.* originem eius legi Gliciæ tribuit, levi coniectura ductus, ex *Epigraphe L. 4. D. hoc tit.* & quia Tacit. *Lib. 15.* meminit Glicii Galli, *& in Epitome Lib. 19. Livii*, item Sueton. *in Tiber. C. 2.* mentio Claudii Gliciæ dictatoris, a quo forsitan legi Gliciæ nomen sit, uti & Hortensiæ & Corneliæ a dictatoribus, qui eas rogarunt. Quem sane sequuntur Forst. 1. *de Success. 5. n. 19. & Cap. 21. pr.* Angel. Matthæac. *Lib. 2. de Via. iur. C. 25. n. 19.* Sibrand. Siccama *Lib. 2. de Centum vir. iudic. Cap. 6.* P. Bussus ad *Rub. D. h. t.* Rauchbar. *P. 2. Q. 17. n. 21.* Borch. ad *princ. Instit. h. t.* & Wesenb. in *Rub. Cod. h. t. n. 8. & n. 17. & n. 28.* (putans eam referri ad leges antiquas in *L. 32. C. h. t.* quodque vocetur ius antiquum *L. 1. §. ult. Si a par. man.* lex vetus *L. 92. de R. I.* quæ verbis concepta fuerit de parentibus, interpretatione ad alios producta). Sed iustius cum notant Hot. *Disp. de Quarta legitimaria C. 5. n. 6. & 1. Resp. amicab. 30.* Chiflet. *de Port. legit. C. 4.* Vult. in *pr. I. h. t. n. 3.* Ræv. *de Auct. prudent. Cap. 12.* quia, ait, teste Suetonio (1) ille Glicia fuit sortis ultimæ homo, coactus se abdicare magistratu, antequam magistrum equitum nominasset, *ut Fasti Capitolini probant*. (2) Non a prænomine, vel cognomine sed a nomine leges appellatæ. Etsi vero adhæc replicet Cuiac. *d. C. 24.* Ad (1) satis tamen fuisse temporis, ad condendam legem, verborum in *Fastis* a Ræv. adductorum alium esse sensum. Ad (2) a cognomine quoque vocari Leges quasdam, ut Norbana, Peducæa, Poppæa; recte tamen Hot. *d. C. 30.* illa non civium cognomina, sed familiarum nomina fuisse. Fulv. Ursin. *Lib. de Famil. Rom.* Debile quoque fulcrum nudæ inscriptionis, maxime cum nec constans sit lectio: cum quidam libri habeant: *Maximus ad L. Falcidiam* ref. Barone ad *d. L. 4.* & alii *Liciam*, ut Baro. *ibid.* alii *Titium* (quæ de pupillorum rationibus lata est) legant ut Hot. in *indice LL. Rom.* Nec in indice tantum Iurisconsultorum huius libri Caii nulla mentio, sed nec aliunde constat, quid nam L. Glicia (si quæ fuit) constitutum fuerit. Unde & Manut. *Libb. de LL.* qui antiquas Romanorum leges persequitur, eam præterit, & Ant. Guib. *Lib. de LL.* mendosam illam epigraphen esse sentit. Et fieri potuit, ut quædam heterogenea admisceret eius L. commentatione IC. Caius. Sicuti in simili, non quia prætor de commodato edixit *L. 1. pr. commod.* commodatum, iuris prætorii, &c. Sed nec placet quod Duar. *hoc tit. Cap. 2.* constitutionibus querelæ ortum tribuit, quam a iure civili distingui scribit *L. inter D. de fidei*, ut nec dicta interpretatio Vult. ad *d. L. 8. pr. contr. tab.* quasi sensus sit: nec iure prætorio, nec civili, sed utrique per hanc succurri, quia & effectus civilis hic pateat, quod intestatum reddit, & prætorius, quod emancipato subvenit. Recte itaque noster, cui assentitur Hot. ad *pr. I. hoc tit. & Disp. de Quarta legit. C. 1. n. 2.* Hortens. ad *d. pr. I. hoc tit.* Castillo *Quotid. Contr. C. 19. n. 13.* Chiflet. *d. C. 4.* Qui & movetur *L. 5. hoc tit.* Verbis: *assidue soleant* quæ factum & usum arguunt. Itemque *L. 1. h. t.* ubi verba nimis mollia: *melius facere*, &c. indicio sunt LL. & iure eos non arceri, & Molinæ. *de inoffic. Donat. n. 3.* usu populi Romani inductam in linea directa, constitutionibus ad 1. gradum lineæ transversæ extensam, volens. Quibus non contrarius Ræv. *d. Cap. 12.* dum prudentum auctoritate inductam, usuque receptam vult. Quia enim decemviri, nihil de præteritis, vel exheredatis definiverant, prudentes pro auctoritate sua, in LL. interpretatione statuerunt, &c. quæsito colore, &c. ut *N. seq.* cui consentit Coot. 1. *Subsec. Lect. 3.* A. Fab. v. *Err. Pragm. 7. & 40. Err. Prag. 10. f. 782.* Etsi argumentum quo Ræv. & Cont. moventur ex vocula *inductum pr. I. h. t.* non satis firmum sit. Nam & inducta dicuntur, quæ ex ipsis legibus aut duodecim tabulis *L. 1. de usucap. L. 1. ad exhib. L. Lex natura 24. de stat. hom.* Cuiac. 14. *Obs.* 14. Sicuti & aliud cuiusdam amici nostri, quia fictiones Iurisconsultorum propriæ sint, ad quod citat Hopper. *Lib. 2. de Iur. Arte*. Quod si lege, ut is, aliqua inducta querela, non colore aliunde quæsito opus, sed solius legis vigore, rescindi deberet. Nam immo aliqua-

non videatur [16] sanæ mentis fuisse testator, qui tam inique testamentum ordinarit: exstat in *L.* 2. *L.* 5. *D. de inoff. test. Inst. eod.* in pr. Idonea vero ratio in primis ad testamentum improbandum ex regulis iuris communibus: qua fit scilicet, ut quod ius est in furiosis & mente captis, *§. furiosi, Inst. quib. non est perm. fac. test.* defunctus testamenti factionem habuisse non credatur: quod & ipsum credi, cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, ex hac ratione respondet Paulus in *L. qui repudiantis, §.* 1. *D. de inoff. test.* At cur credatur non sanæ mentis, qui testamentum ita scripsit, ut supra diximus? Quia naturali ratione tanquam tacita quadam lege insita hominum mentibus parentum hereditas debetur liberis. *L. ult. D. de bon. dam.* Secundum liberos ipsorum liberorum hereditas debetur parentibus, quibus non minus pie relinqui debet. *L. nam etsi*, in pr. *D. de inoff. test.* Quo fit, ut qui his exclusis hereditatem suam ad alios transferunt, non male existimentur [17] ratione communi carere; quod est dementium & furiosorum. Et tamen re vera hoc ita non est. Bene dicitur a veteribus rem defendi, hoc colore, quasi testator demens fuerit; hoc colore, id est hoc prætextu.

XIX. Postquam ergo ita ius est, supra scriptis personis quamvis immerito præteritis vel exheredatis, non aliter tamen inofficiosum testamentum fieri, recte non esse obnoxium inofficiosi querelæ, quam si testamentum consistat iure civili & prætorio; necessario faciendum est, ut hic constituamus, quando superioribus personis ita summotis testamentum consistat, aut non consistat, ut hinc de querela ipsa iudicetur. Sic enim eveniet, ut illic quidem querelæ locus sit, si cætera concurrant, hic autem non sit. Et de exheredatis certa hæc sit & in omnibus superioribus personis perpetua definitio, exheredatos non turbare testamentum defuncti, neque iure civili, neque prætorio, ne si liberi quidem sint a patre exheredati: ita testamento iure consistente, unam exheredatis superesse querelam inofficiosi: quæ & his ob eam caussam iure competit: hoc Ulpianus in *L. non putavit*, in pr. *D. de bon. poss. contr. tab.* Neque hic interesse putabimus, utrum liberi, parentesve exheredati sint iusta aliqua de caussa legibus cognita, an nulla; ea caussa testamento adscripta sit, an non sit. Nam etsi hi liberi sint exheredati, in quos constet natura nullam ingratitudinis caussam cadere posse, tamen non eo minus placet consistere testamentum, eoque his inofficiosi querelam dari, & ita dari, ut sola ipsa competat. Exemplo sunt postumi infantes, quos cum constet nihil admittere posse adversus patrem aut matrem dignum exheredatione, tamen exheredatis sola datur querela inofficiosi. *L.* 6. in pr. *D. de inoff. test. §. tam autem, Inst. eod. L. si quis suo, §. ult. C. eod.*

XX. Præteritionis non eadem caussa est. Hæc interdum pro exheredatione habetur, facitque ideo, ut testamentum, iure consistat, ex quo & querelæ inofficiosi locus: interdum non habetur pro exheredatione: ac tum testamentum infirmat, ut vel nullum fiat ipso iure, vel bonorum possessione contra tabulas, petita rescindatur: quibus rebus & querela excluditur. De quo æstimandum est ex statu personæ eius, qui præteritus est, ut quæratur, fueritne in potestate testatoris quo tempore testamentum fiebat, aut antea, an non fuerit: ac de eo ita statuendum. Si quis præterit eum quem in potestate habet, habuitve, ut pater filium etiamnunc in potestate eius manentem, aut emancipatum: in ea caussa est præteritio, ut testamentum infirmet: in filio quidem, qui tum in potestate est, ut sit testamentum ipso iure nullum. *L. inter, D. de lib. & post.* In emancipato autem, ut bonorum possessione contra tabulas petita, quæ huic generi liberorum maxime proposita est, evertatur. *§. emancipatos, Inst. de exher. lib.* ita utroque hoc in re querela excluditur. *d. §. tam autem, Inst. de inoff. test.* Eademque ipsa res declarat, nunquam præteritionem in his liberis a patre præteritis exheredationis vim habere. *d. L. non putavit*, in pr. *de bon. poss. cont. tab.*

XXI.

quarum fictionum leges ipsæ auctrices, ut L. Cornelia, & Publiciana quoque actio aliunde quæsito colore nititur, quæ prætoria est, nec prudentibus originem debet.

16) Apulei. *Apol* 2. Lege testamentum: si quid *quasi insana* scripsit, &c. Briss. *Lib.* 5. *Formul. pag.* 383. Quia vero color hic ex interpretatione, cuius non eadem omnino vis, quæ legis ipsius; iccirco, uti furiosi testamentum ex 12. tabulis ipso iure nullum, ita hoc iudicum sententia rescindi voluerunt Iurisconsulti Ræv. *de Auct. prud. C.* 12. Govean. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 14. Sic & Publiciana colore usucapionis instituitur, & qui, capti ab hostibus hereditatem adspirat, colore nititur, ac si hora captivitatis iste decessisset, Gilken. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4.

17) P. Greg. 44. *Synt. n.* 4. peccat contra naturalem omnium rationem, immo naturam ipsam, qua & feræ suos diligunt, ac nutriunt. Hot. ad *pr. l. h. t.* affectum humanitatis prætermittere, & ea ea parte, quodam mentis errore affectum videri. Sic Valer. *Lib.* 7. *Cap.* 8. Ebutiæ, quæ duarum similia probitatis, filiarum alteram solam instituerat, tabulas *plenas furoris* vocat. Verbis tamen temperatis, quoad potest, utatur conquerens. Nam, ut Quintil. *Lib.* 7. actor in eo, quod factum est, liberum habet impetum, sic tamen, ut factum accuset, ipsius patris tanquam valetudine lapsi, misereatur, vide Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2.

XXI. Extra hos vere generaliter dixerimus pro exheredatione esse præteritionem. In quo contraria hac definitione recte utimur: si quis quem ex superioribus testamento præterit, quem nec habet in potestate, nec unquam habuit, præteritionis huius eamdem vim esse, quæ exheredationis: scilicet ut hoc præterito, non secus quam si exheredatus esset, testamentum utroque iure consistat, & civili & prætorio: eademque res locum faciat querelæ Inofficiosi. Indicatur hæc regula in *§. ult. Inst. de exh. lib.* Sub persona matris, aviæ, avi materni & cæterorum per matrem ascendentium; qui quia liberos ex filia natos in potestate non habent, non magis quam ipsa mater, eoque nec ullo iure coguntur eos instituere vel exheredare, ideo illic dicitur eorum silentium & præteritio tantum facere, quantum facit exheredatio patris: sed aliud eis adminiculum servari, de quo paulo post Iustinianus se dicturum pollicetur. Id autem est remedium querelæ inofficiosi, de quo scribit postea sub *tit. de inofficioso testamento*. Idque ipsum est, quod & hic locum habere dicimus. Ex hac regula placet & præteritis parentibus tanquam exheredatis solam competere inofficiosi querelam ad rescindenda testamenta liberorum, a quibus sunt præteriti. *L. pater, D. de inoffi. test. L. cum filium, C. eod.* Quod multo magis in fratribus præteritis admittendum est. Plusquam enim certum est, neque parentes in potestate liberorum esse, neque fratres in potestate fratrum. Quod si in testamento matris, liberorum, fratrum recepimus, ut eorum præteritio sit pro exheredatione, sequitur ut in his quoque illud admittamus, quod supra in exheredatione, nihil referre videlicet, quomodo his testamentis præteriti sint liberi a matre, parentes a liberis, frater a fratre: utrum ex caussa, an nulla; multoque minus utrum caussa adscripta sit testamento, an non sit; sed sine exceptione & post præteritionem testamentum consistere, ut præteritis nihil relinquatur, nisi extremum auxilium querelæ.

XXII. Et hoc ita ius antiquum est. Quod an immutatum sit constitutione Novella Iustiniani, quæsitum est. Ea est *Nov. ut cum de app. cog. §. aliud quoque capitulum*, & *§. sive igitur.* Unde *auth. non licet, C. de lib. præt. vel exh.* qua cautum est de parentibus, non licere his liberos præterire vel exheredare, nisi iusta caussa ingratitudinis adscripta testamento, & probata ab herede. Sed & de liberis idem cautum eadem *Nov. §. iustum*, non licere his parentes præterire vel exheredare, nisi similiter iusta caussa adscripta, & probata. Qua constitutione hoc effici videtur, sive nulla sit caussa cur exheredentur, prætereanturve liberi aut parentes, sive cum esset iusta, non sit adscripta testamento, testamentum ipso iure non valere. Proinde utroque modo fieri, ut hic locum non habeat querela inofficiosi. Quæ & sententia vulgo recepta est: quam ex verbis constitutionis nec absurde ita colligunt. Quidquid fit contra quam lex prohibet, ipso iure nullum est. *L. non dubium, C. de legib.* In quo autem testamento liberi parentesve præteriti sunt, aut exheredati sine iusta caussa, & ea testamento inserta, id testamentum fit contra quam prohibet superior lex Iustiniani. Quapropter in quo testamento hæc facta sunt, id testamentum ipso iure nullum esse necesse est. Id ergo an ita sit, magna quæstio est. Nec otiose. Etsi enim, cum testamentum per querelam rescinditur, res eo redit, ut proinde habeatur testamentum, quasi ab initio nullum fuisset: tamen utrum fieri dicamus, in re ipsa multum interest. Nam si testamentum nullum est, fit statim locus legitimis heredibus: ut quanvis qui præteritus aut exheredatus est, noluerit, vel non potuerit heres esse, nihilo tamen magis scripti heredes admittantur. Quod si præterito aut exheredato solum dederimus querelam inofficiosi, multis modis accidere potest, ut iudicium defuncti retineatur, & scripti heredes ex testamento obtineant hereditatem: sive quod qui queri poterat, aut repudiet querelam, aut intra quinquennium non agat, aut ea præparata decedat, & si qui sunt alii modi, quibus qui de inofficioso agere poterat, suo iure excidit: de quibus postea. Quid ergo dicimus? Et supra cum de pœna præteritionis & exheredationis agerem, itemque de parentibus præteritis vel exheredatis, disserui pluribus in hanc sententiam, quam & satis probasse mihi videor, ut statuerem superiore constitutione Novella in pœna præteritionis aut exheredationis, seu in ratione infirmandi ex his caussis testamenti, nihil de iure superiore [18] immutari,

18) Proinde integer adhuc & necessarius usus querelæ. Nec restrictus, nisi in eo, quod hodie querela negatur, ubi olim competebat, aliquo scilicet in legitimam relicto, quod eam non adæquat, ut *infra h. Cap.* Non vero ubi olim querela, hodie ipso iure nullum testamentum. Ut valde peccent, qui unico casu in linea directa superesse volunt: si rite exheredatus, caussam exheredationis falsam esse, queratur, ut Mynf. *pr. I. h. t. n. 8.* Moli-

tari. Inde si quis vult, plura quæ huc faciant, sumere licebit.

XXIII. Nunc de obiectione quam paucissimis respondebo. Quod dicitur; quidquid contra fit, quam lex prohibet, id ipso iure nullum esse, ita verum est, nisi lex ipsa factum manere volens, aliam facti pœnam nominatim statuat. Id autem in superiore constitutione accidere: qua non ita vetat Iustinianus liberos aut parentes præteriri vel exheredari sine caussa, & ea testamento adscripta, ut si præteriti sint, velit testamentum nullum esse; sed ut nominatim iubeat testamentum rescindi, testamentum irritum fieri; his enim verbis utitur in ea *Nov. ut cum de app. cog. §. sive igitur*, & *§. si autem hæc omnia*. Quæ verba ex æquo pertinent ad testamenta omnia, quæ quovis modo infirmantur, vel ipso iure, vel per bonorum possessionem contra tabulas, vel per querelam inofficiosi; sed maxime ad ea quæ cum iure ipso constitissent, posterioribus hisce duobus modis rescinduntur. Nam proprie non dicuntur rescindi, aut irrita fieri, quæ per se nulla sunt. *L. 5. D. de iniust. rup.* Ita cum ita accipi verba ipsa constitutionis suadeant: tum vero in primis ratio & mens Iustiniani. Ait enim ibidem se superius illud constituisse, ut liberis, & parentibus præteritis vel exheredatis consuleret, ne quam liberi in testamento parentum, aut parentes in testamento liberorum iniuriam paterentur. Non est ergo propositum Iustiniano ea constitutione aliis consulere, eoque iure beneficium ad alios pertinere oportet. *L. 3. §. sed utrum, D. de min.* Atqui si liberis vel parentibus nulla iusta de caussa testamento adscripta præteritis exheredatisve, placet sine discrimine testamentum ipso iure nullum esse, non consulitur solum liberis, & parentibus, sed aliis legitimis heredibus quibuslibet. Sic enim fit statim paterfamilias intestatus; ut quanvis liberi vel parentes postea repudient hereditatem, aut morte præventi non potuerint eam adire, nihilominus cæteri cognati suo ordine ad eam admittantur, excluso herede scripto. Quod cum Iustiniano propositum non fuerit, nequaquam superioris præteritionis aut exheredationis pœnam apud illum sic accipiemus, ut testamentum ipso iure nullum esse intelligamus. Quod si accipimus, relinquitur, ut reliquas infirmandi testamenti vias pro distinctione iuris veteris intelligere debeamus. Cum enim de his nihil exprimat Iustinianus hoc saltem nos ad eas referri debere. Sic enim placet posteriores leges omnes accipi, ut quidquid his specialiter non est expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum existimetur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Hoc idem Viglio & Baroni videtur ad *tit. Inst. de inoff. test.* Quapropter etiam post constitutionem superiorem Iustiniani, manebit vetus ratio & forma impugnandi testamenti, liberis parentibusve immerito exclusis; quam quia nobis notam esse maxime ad hunc locum pertinet, iterum paucis complectar.

XXIV. Ergo de eo ita ius est in summa: omnibus exheredatis sive fratribus, sive parentibus, sive adeo liberis, quanvis nulla aut non iusta caussa testamento adscripta, etiam nunc unam superesse ad testamentum rescindendum querelam inofficiosi; hac si exheredati non utantur, sive quod nolint, sive quia non possint, testamentum ratum manere, atque hinc heredes scriptos obtinere hereditatem. De præteritis parentibus & fratribus idem ius esse: quorum præteritio pro exheredatione habeatur. Quod ad liberos præteritos attinet, in eadem caussa esse etiam liberos præteritos a matre, avia, avo materno, & similibus parentibus, quorum in potestate liberi non sint, nec unquam fuerint: quia & horum silentium æque sit pro exheredatione. Unum esse genus liberorum præteritorum, ad quos querela inofficiosi non pertineat: Hos esse liberos, qui sunt in potestate testatoris, aut cum prius fuissent, desierunt esse, ut emancipati. Prioribus præteritis, statim inutile esse testamentum: *L. inter, D. de lib. præt. vel exher.* præteritis posterioribus, ita testamentum iure civili valere, ut tamen iure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas rescindatur.

XXV. Ut superiora omnia concurrant: ut liberi, inquam, parentes, fratres exclusi sint testamento hereditate, idque immerito, & testamentum nihilominus utroque iure consistat & civili & prætorio; tamen adhuc unum superest ad caussam inofficiosi, quod quartum posuimus, ut qui ita remoti sunt, nec debitam ex defuncti bonis portionem acceperunt. Hoc si accedit,

Molinæ. *de inoff Donat n. 9. & seq.* Magis vero, qui in unico casu fratrum præteritorum. Non enim probabile est, tot iura antiqua ita tacite, & quasi per saturam abrogata esse; Cum Iustiniano familiare sit, ne si quid innovatum vult, id taceat, vid. Wesen. ad *Rub. C. h. t. n.* 22. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 3. & 4. Duar. *h. t. Cap.* 3. *sub fin.* Gilken. ad *L.* 30. *Cod. hoc tit.* A. Fab. 14. *Err. Prag.* 1.

dit, vere & omni ex parte inofficiosum testamentum est, ac tunc demum querelæ inofficiosi locus esse incipit. Sin illa a præteritis aut exhæredatis obtinetur, non efficient cætera, quæ diximus, quominus a querela excludantur, *§. ult. Inst. de inoff. test.* Idque est, quod veteres dixerunt, quarta (sic enim hanc portionem appellant, ut mox dicetur) inofficiosi querelam excludi. *L. Papinianus, §. quoniam, D. eod.* Non alia id quidem de caussa, quam quod senserunt iuris auctores, non esse inofficiosum testamentum adversus eos qui eam portionem accepissent. Ut minimum tamen hanc esse, quam superioribus personis tanquam naturæ & pietatis iure his debitam relinqui oporteret: quæ ideo & lege illis constituta est, si quis his eætero alioqui iure exclusis secure testari vellet.

XXVI. Atque hinc nomina huius portionis nata, ex quibus portionem ipsam in scriptis veterum liceat agnoscere. Dicta est enim debita portio. *L. Papinianus, §. unde, D. de inoff. test. L. pen.* in pr. *C. eod.* & eodem sensu [19] debitum bonorum subsidium in *L. si totas, C. de inoff. don.* Dicta legitima reecepto magis vocabulo. *L. omnimodo,* & *LL.* seqq. *C. eod.* Vulgo quarta [20] naturæ, seu quarta

19) Debitum naturale *L. 36. §. ult. Cod. hoc tit.* Et simpliciter debitum *Nov. 18. pr.* portio substantiæ *Auth. noviss. C. h. t.* Claud. Band. *Tr. Legiti. C. 2. n. 2.* Chiflet. *de Port. legit. Cap. 2.* P. Greg. *44. Synt. 5. n. 4.* Unde DD. vulgo comparant æri alieno; Tametsi vivo patre, oon debeatur, ex communi Vasq. *1. Ill Contr. 37. n. 2.* Coler. *Decis. 39.* Mynf. *4. Obs. 25.* Fr. Sarmient. *2. Select. Interpret. 7. n. 4. & 5* per *L. 8. §. 15. h. t. L. un.* verbo *tanquam Cod. de his qui ante apert. tab.* ita scilicet ut tunc præstanda sit; Debetur vero, ut relinquatur. Unde non vere sed quasi debitam dicit Padilla ad *L. 3. Cod. de inr. & fac. ig. n. 32. & seq.* Tametsi Vacon. *6. Declar. C. ult.* dominiumque verum, licet non plenum legitimæ, vivo patre, filii esse, pluribus contendat.

20) *Nov. 1. Præfat. §. 2.* ibi: tanquam secundum ipsam naturam debeatur, & *Cap. 1. §. 2.* Sed Chiflet. *de Port. legit. Cap. 3. sub fin.* male sic vocari, contendit. Quia non quarta sola, sed tota hereditas, iure naturæ debetur. Et cum adoptivis quoque hæc competat *supra h. C. N. 2.* iuri naturæ adscribi non debere, alioqui & inconcinna esset appellatio legitimæ. Ergo, inquit, ut cæteri quadrantes, determinationem sumpserunt a iure civili, ita & hæc est portionia naturalis particula lege taaata Et ita tutissime statui puto, quoad rem ipsam, ac substantiam quidem esse iuris naturalis: Ratiooe autem quotæ, quantitatis, modi, taaationis vel definitionis iuria civilis, ut Roderic. Suarez. *in Repet L. 32. Cod. h. t. in Declar. Legis Regni Limit. 2. n. 3.* Vult. *in §. ven l. h. t. n. 1.* Cuiac. *in Nov. 18.* Bron. *1. Misc. Ass. 34.* Ant. Guib. *QQ. iur. C. 55. n. 24. & n. 27.* Quod sic declarat M. Anton. Cucch. *in Auth. noviss. C. h. t. in pr. n. 7.* Quod obligatus quidem iure naturali pater, ut aliquid filio relinquat. Cur autem potius quadrans, triens, vel semis, quam alia portio relinquenda sit, ad ius naturale nihil spectat. Hoc enim, arbitraria solum legislatoris mediocritate probari potest, cum si aliam assignasset, forte quintam, eadem quæstio, cur non quarta, &c. superesset. Forcat. *Sphæra legali n. 20.* Plenius sic eaplico. Iure naturæ, debetur hereditas tota liberis, sed ab intestato. Eodem iure naturæ conceditur disponendi de rebus suis licentia. Durum esset, hanc facultatem in persona parentum nimium circumscribi: Durum itidem permitti, ut exclusis iis, quos natura veluti constituit, alieni heredes adsciscantur. Hic itaque leges sese quasi medias interponunt, temperantes, tum effusam testandi licentiam, & in extraneos profusionem; certisque limitibus cohibentes: tunc etiam modum statuentes eorum, quæ liberis necessario relinquenda; prospicientes pariter liberorum necessitati, & parentum iuri, liberoque arbitrio, quorum testamenta turbari vetant, legitima relicta. Atque ita inata *L. 6. de I. & I.* cum, addito aliquo, vel detracto iuri naturæ, ius civile efficiatur, recte hoc modo legitima dicetur iuris civilis. Quod & ipsum nomen convincit. Sic enim legitimum dicitur, quicquid a lege, sive institutum sive etiam definitum est, ut pluribus similibus probat Wesenb. ad *Auth. noviss. C. h. t. n. 2.* add. Rainald. Corf. *1. indagat. 28.* Iam vero aperte Iustin. *L. 36 §. 1. C. h. t.* portionem hanc legis, & suam constitutionem definivisse. Quæ expeditiora puto, ad tollenda dubia, quam si inter ius naturale, & caussam, seu rationem naturalem distinguamus, ut Claud. Battand. *Tractatu legitima C. 1. n. 3.* Pet. Greg *44. Synt. 5. n. 10.* Goth. Antoo. *Disp. de Legitima Th. 2. lit. B.* A. Fab. *74. Error. Prag. 5.* Menoch. *Casu 149. n. 12.* Wes. *ad d. Auth. noviss. n. 13.* qui iuris naturæ esse scribit, secundum quid, ratione caussæ & oaturalis rationis, id suadentis. Et verba *secundum naturam, &c. d. Nov. 1. & 2.* exponunt Bart. & alii quodam instinctu, & impulso naturæ, refer. Suarez. *d. Limit. 2. n. 2.* qui & ibidem *n. 5.* differentiam inter rationem, & ius naturale reprobat, cum, ratio naturæ, sit lea naturalia, &c. Prioribus consequens est, saniorem interpretum eorum sententiam, esse qui augeri, minuique sane legitimam iure civili, vel municipali posse largiuntur, ceu variationes legum aotiquarum, ac diversæ definitiones convincunt, & facit *Nov. 101. C. 4.* Tolli autem penitus oon posse. Quia ius civile, ut non per omnia servit iuri naturali, ita in totum non recedit, *d. L. 6. de Inst. & Iure* nec ordinem naturæ, qui hic est, ut liberi succedant parentibus, *C. Ius naturale dist. 1.* prorsus invertere potest *L. 1. de usufr. ear. rer.* Chiflet. *de Port. legit. Cap. 16.* Roder. Suarez. *d. Limi. 2. n. 6.* Maretus *Tract. Quartar. Cap. 13. n. 3. & seqq.* Rubeus *ad L. 14. hoc t. Cap. 2. n. 26.* Albert. Brunus *Comm. super statut. exclud. famil. Art. 1. n. 5. & 6.* Coler. *Decis. 284. n. 10.* Moller. *3. Semestr. 5.* Fachin. *7. Contr. 32.* Quæ & receptior, ac æquior opinio vocatur a Mynsing. *5. Obs. 43* Gail. *2. Obs 122. n. 11. & 13.* (vocante contrarium statutum, adversum legi naturali, divinæ, Canonicæ, & civili;) quam usus probat Modest. Pist. *Cons. 2. Obs. 122. n. 5. Vol. 2.* quamve curia suprema Imperii, pluries secuta est, testibus iisdem Mynf. & Gail. ut & Rota Romana *Decis. Rot. 17. in antiques* & probata quoque in parentum legitima, Mynf. *6. Obs. 45.* ut & sanxit August. Sax. Elect. *Nov. sua 12. P. 3.* Diff. post relatos a Gail. *d. Obs. 122. n 6.* & a Cuccho *in Tract. de Legitima ad Auth. noviss. Cod. hoc tit. §.* legitima nullum gravamen admittit *n. 70. pag. mihi 389.* Sichar. *ad d. Auth novis. n. 6.* P. Gregor. *44. Syntag 5. n. 12. & seqq.* Trentacinq. *de Subst. P. 11. Cap. 9. n. 22.* Rainaldus Corf. *1. Indagat. 28.* Eman. Costa *ad C. si pater de testamentis, in 6. P. 3. v. privare non possit n 42.* Fr. Sarmient. *2. Select. interpretat. 14. n. 6. & 7.* A. Fab. *85. Error. Prag. 3. & 74. Error. Prag. 7.* quia, ait, ius succedendi omne in legislatorum arbitrio, varie imminutum, & immutatum est omni tempore. Sed resp nunquam tamen lata lex est, quæ liberis hereditatem paternam prorsus tolleret, Chiflet. *d. Cap. 16.* nec ulla gens tam barbara, nisi penitus degeneret ab hominis natura, Battand. *Tract. legit. Cap. 1. n. 9.* Moribus sane Arragonum vetustissimis, filios exheredes facere, nulla caussa prolata, parentes possunt, testantibus Sarmiento *d. Cap. 14. n. 6.* Ioan. Mariana *Libr. 1. de Rege & Regis Inst. Cap. 3. p. 35.* Monter. *Decis. Arrag. 33.* Choppin. *de Privileg. rustic. Lib. 3. P. 3. Cap. 11. p. 322.* sed & idem antiquo Romanorum iure licuit, antequam usus querelæ invaluit: Nec ideo tamen legitima tunc liberorum nulla, verum ea de parentum propenso affectu benigna suspicio fuit, ut nunquam, nisi mala meritos successione eacludere censerentur; quomodo & Plato hanc facultatem parenti tribuit, ut filios obsequentiores redderet, credens nimirum, patrem eo iure via unquam abusurum. Obiicit P. Greg. Præscriptio est iuris civilis. Præscribi autem legitimæ portioni potest. Ergo &c. Resp. Per *breaem*: Præscribi rei vindicationi potest, cum res usucapitur; Anne ideo dominia iuris civilia, & anne ideo in totum tolli possunt. Non hic quæstio, oobis nllone modo fieri possit, ne filius legitimam adipiscatur

ta iure naturæ debita. Dicta ergo debita portio & debitum bonorum subsidium per excellentiam, quia hæc portio præcipua quadam ratione debetur superioribus personis, nempe naturæ quadam lege, quæ istis personis pietatis iure hereditates nostras velut adiicit, suo cuique ordine. *L. ult. D. de bon. dam. L. nam etsi, D. de inoff. test.* Legitima item per excellentiam, non solum quod legibus [21] constituta sit & attributa istis a reliqua alioqui hereditate summotis (ac legibus deberi Iustinianus scribit in *Novella de immen. don.* circa medium) sed etiam quod sola lege constituta sit, sine ullo iudicio testatoris: cum quarta falcidia, quæ tribuitur scriptis heredibus, etsi adiicitur lege falcidia, tamen ex parte a iudicio quoque testatoris quodammodo proficiscitur. Debetur enim heredi scripto quia testator heredem eum instituit, in quem nisi iudicium suum contulisset; nulla portio hereditatis ei deberetur. Quibus autem legibus hæc portio constituta sit, si quis roget, recte respondeamus, opinor, legibus & constitutionibus Imperatorum. Quarta naturæ cur vocetur, ex prioribus intelligitur. Etsi autem hæc quarta debetur legibus, tamen his ipsis legibus, quæcunque hæ fuerunt, inducta est ad exemplum quartæ, quæ ex lege falcidia de legatis retinetur. Unde & ad hanc portionem æstimandam nostros argumento quartæ falcidiæ uti videmus, ut in *L. Papinianus, §. quarta, D. de inoff. test.* Qua ratione rursum factum est, ut hæc eadem alicubi vocetur a Iustiniano [22] falcidia: ut in *Novell. de immen don.* in pr. ubi se falcidiam in liberis auxisse scribit. Is autem non auxit quartam lege falcidia debitam, sed quartam legitimam; dum pro quarta substituit trientem aut semissem pro nume-

tur, sed an legibus ita caveri, ut nullo modo, etsi sibi ipse vigilet, adipisci queat? Et miror quomodo hæc vana argumentatio imposuerit viro, cæteroquin sagaci: Actioni, quæ datur ad legitimam, seu ex caussa legitimæ, præscribi potest. Ergo & legitima statuto tolli. Perinde est, ac si, sic argueres: Actioni ex vendito, quæ ex caussa venditionis competit, præscribi potest. Ergo & venditio ipsa, iure municipali tolli. Obiic. 2. P. Greg. Ex delicto paterno, in crimine maiestatis, privantur filii legitima *L. 5. §. 1. C. ad L. Iul. Maiest.* Resp. Non negandum aliquo casu, ex legis dispositione filios legitima privari posse. Sic enim, & ex delicto proprio, si in parentem iniurius, aliamve iustam exheredationi caussam præbuit. Æque enim exheredatio, uti legitima, a iure naturali, & gentium est, Forcat. *Dial.* 36. *n.* 4. Et ibi quoque delictum, quasi proprium, quia paterni criminis exempla metuuntur; vid. P. Theodoric. *Disput. Crim.* 5. *Th.* 6. *lit.* 8. ibique citati. Adhæc de capacibus successionis quæstio nostra intelligi debet. De incapacibus enim ex. g. filiis, in servitutem redactis, vel deportatis, quæri nequit, cum supponendi sint termini habiles. At *d. L.* 5. §. 1. filium perduellis omnis omnino successionis, etiam extraneorum penitus incapacem reddit. Superiora ita declaranda, si lex municipii filio ab intestato nihil omnino tribuat. Veluti si primogenito totam hereditatem patris attribuat: vid. Tiraq. *de iure primogen.* Q. 4. *n.* 12. *& seqq. &* Q. 5. Vel si omnia bona uxoris marito superstiti, exclusis liberis, cuiusmodi statutum Fribergæ, urbe mihi natali, quondam extitit, sublatum ab Electore Augusto anno 1576. Moller. 1. *Semestr.* 29, *& ad d. Nov. Sax.* 12. *n.* 4. Item si filias extantibus masculis penitus removeat, etiam indotatas. Secus si aliquid succedat loco legitimæ; veluti dos, si filiæ dotatæ excludantur a successione, prælatis filiis, favore familiæ, & agnationis, Gail. *d. Obs.* 122. *n.* 12. Etsi ea minor sit legitima, iure communi statuta, Menoch. *Cas.* 149. *n.* 2. *& seqq.* vid. Ioan. Campesius *Com. in statut. exclud. fæm.* Q. 6. Plane qua ratione vulgo ostuntur, quod legitima loco alimentorum succedat ex *Nov.* 18. *C.* 3. Ideoque non magis tolli possit statuto, quam alendi necessitas, adeo efficax non est, ut & agnoscit Suarez. *d. Limit.* 2. *n.* 2. quia hanc ipsam subrogationem fecisset ius civile: unde licet id tolleret legitimam, non tamen alimenta. Ac immo neganda subrogatio hæc, & comparatio alimentorum sæpe fallax. Alimenta, non nisi egentibus debita; legitima etiam filiis, iam ante habentibus unde se exhibeant: illa a vivo patre præstanda; hæc post mortem: illa fratribus egenis absolute debentur, hæc tantum sub conditione turpis instituti, P. Greg. *d. C.* 5. *n.* 11. Chiflet. *de Port. legit.* C. 9. *& Cap.* 15. *pag.* 837. Ant. Guibert. QQ. *iuris C.* 15. *n.* 26. Cagnol. *in L. fin. C. de pact. n.* 192. Wes. *ad Auth. noviss. Cod. h. t. n.* 13. *& n.* 28.

21) *Nov.* 1. *Præfat.* §. 2. verbis: *necessitatem lex imponit* *L.* 36. §. 1. *C. hoc tit.* & dicitur deferri ex legibus *L. 6. pr. circa med. Cod. de secund. nupt.* lege decreta *Nov.* 18. *Cap.* 1. *in fin.* Rain. Cors. 1. *Indag.* 28. *n.* 13. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 3. Nec probanda ratio notationis, Battand. *d. Tract. legit. Cap.* 2. *n.* 1. quod a lege nobis innata, & congenita, ratione scilicet naturali. Uti nec alia Hortensii ad *pr. Inst. hoc tit.* quod loco legitimæ, quæ ab intestato competeret, posita, nec alia Goveani 3. *Var. Lect.* 1.

22) *L.* 31. *Cod. hoc tit. L.* 5. §. 3. *Cod. ad L. Iul. maiest. Nov.* 66. *in Præfat.* Chiflet. *dict. Cap.* 3. qui & ipse, ex sententia, & interpretatione legis Falcidiæ, hanc inductam scribit, quomodo in simili tutela legitima patronorum, & parentum. Non vero ex ipsa L. Falcidiæ ut Duar. *h. t. Cap. ult. in fin* Gov. 2. *Var. Lect.* 1. qui inde legitimam dici vult, & Balduin quem insectatur Cont. 1. *Subsec. Lect.* 3. *n.* 4. (1) quia veteres, non negligentes in iis, quæ e libris nostris peti possunt, omnes uno ore, quartam naturæ, ut a Falcidia, & aliis quartis discerneretur, vocarunt. 2) Quia in *d. L.* 8. § 9. argumentum a Falcidia, ad hanc ducitur. Adde quod Falcidia, & legitima in multis differant, de quibus M Mantua *de Legit. filiorum pag. m.* 1094 Item quod iure veteri, legitima quovis titulo relinqui potuit, Falcidia semper hereditario iure habita, Hort *Disput. de Quarta legit. C.* 1. *n.* 5. Denique ex Chiflet. *d.* 10. quod Augusti temporibus, quibus Falcidia lex lata, nondum legitimæ quantitas definita, ut arguitur ex iis, quæ Seneca. 1. *Contr.* 28. Quibus & revincuntur Cont. *d. Cap* 3. *n.* 2. & Rævard. *de Auct. prud. C.* 12. & Hortes. *ad pr. Inst hoc tit.* putantes eadem iuris parte, qua querela, & hanc inductam. Quod eodem tempore, quo de inofficioso agi cœptum, invaluerit simul exceptio: Si non quarta debitæ portionis ad eum pervenisset. Nam immo legitima a lege. Querela a moribus *supra h. C. N.* 18. (a) Querela antiquior, cuius mentio etiam tempore liberæ Reipublicæ ut in *Exemplis* Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. *&* 8. legitimæ mentio tantum post Augusti ætatem. Non obstat quod dicatur ius antiquum, respectu legis Papiæ *L.* 1. §. *ult si a par. manum.* Resp. enim sic dici, comparatione prætorii edicti, quo pater, exemplo patroni, admittitur contra tabulas emancipati, Chiflet. *de Port. legit. C.* 4 sed nec ex constitutione D. Marci hæc ortum habet, ut Vult. *in pr. I. de SC. Orphiciano n.* 1. post Cuiac. 3. *Obs.* 8. motum loco Nicephori 3. *Eccles. Hist.* 31. Quem repellit Ræv. *d. Cap.* 12 & Chiflet *d. Tr. Cap* 3. quia dio ante definitam fuisse, probatur ex Plin. 5. *Epist.* 1. Et quarta D. Pii, qui Marco anterior, ad huius exemplum inducta videtur Quin etsi in constitutione esset, eidem tribueretur. Nomen autem indicat a lege esse. Nec ex lege Glicia, ut idem Cuiacius retractata priori sententia ad 3. *feat. Pauli tit.* 8. §. *pen. &* 14. *Obs.* 14. *& ad. Nov.* 18. *&* 14. QQ. *Papin. ad L.* 15. *hoc tit.* Quem refellunt notata *supra h. C. N.* 15.

numero liberorum: de quo ante constituerat *Novel. de triente & semis.* Sic ergo hanc portionem vocat falcidiam, ut quartam Trebellianicam veteres falcidiam, quia illa ad huius exemplum inducta est. *L. Titia, D. ad Treb. L. coheredi, §. coheres, D. de vulg. & pup. subst.* ut Servianam eam quæ dicitur hypothecaria; quia hæc illius exemplo recepta est. *L. 3. D. de pig. §. item Serviana, Inst. de act.*

XXVII. De hac portione legitima, quatuor sunt omnino, quæ natura rei ita exigente ordine cognosci oporteat. Primum quæ sit, & quota. Proximum, cuius totius portio. Tertium, quibus in rebus eam debeat habere is qui queritur, ut eæ res illi in hanc portionem imputentur. Quartum & postremum, si partem huius portionis acceperit, qui queritur, non portionem totam, nihilne id prosit ad summovendam querelam, an contra: & si quid prodest, quid de eo quod deest servandum sit. Primum ergo quærimus, quæ sit & quota portio hæc legitima. Et ut de ea ius antiquum fiat, passim in scriptis auctorum iuris quarta nominatur. Indicat maxime *§. ult. Inst. de inoff. test. L. Papinianus, §. quoniam, §. quarta D. eod.* Ut intelligamus hanc portionem, cuiuscunque totius eam esse statuerimus postea, esse eius totius tantum quartam. Iustinianus huius portionis modum auxit, ut & testatur in *Novel. de immen. don.* in pr. ac pro quarta portione substituit tertiam, seu pro quadrante trientem; in liberis autem si plures essent quam quatuor, qui de inofficioso queri possent, semissem; [23] hoc in *Nov. de triente & semisse. §. 1.* auxitque ad hunc modum in omnibus qui querelam de inofficioso movere possunt. Id est, non in liberis tantum, sed & in [24] parentibus & fratribus, ut diserte cavit in *d. §. 1. in fin.*

23) In filiis vero decurionum, & filiabus, quæ his nupserunt, auctior legitima, nimirum dodrans *d. Nov. 18. Cap. 2. & Nov. 38 & Nov 89. C. 5. Nov. 101. Cap. 3. & 4.* Iure Regni Castiliæ, testantibus passim Hispania DD. Castillo *de Usufr. Cap. 45. n. 13. & Contr. quotid. Cap 13. n. 9.* post plures citatos Fr. Munnoz. de Escobar. *Varian. computat. Cap. 3.* legitimæ iure, sunt omnia bona parentum, excepta quinta parte, de qua sola, testamentario disponere licet. Probe vero hic notandum, quod evenire potest, ut si quinque sint liberi in divisione semissis, plus ferant, quam si quatuor in trientis. Pone Hereditas 1200, si 4 liberi, triens efficit 400. unde cuique 100. Sin 5. liberi, ex semisse, qui habet 600. quisque consequitur 120. Claud. Battaod. *Tr. Legitima C. 4. n. 6.* Chiflet. *de Port. legit. Cap. 6. sub fin.* datum hoc censens multitudini liberorum, cui iura multum favent. Quod A. Fab. *11. Err. Prag. 9.* eo omnino a ratione alienum exagitat, potuisse huic absurdo occurri, scribens, si casu quo 5. liberi, media portio inter trientem, & semissem, forte quincunx, aut paulo maior, statuta esset. Nec probari potest, quid Maret. *Tr. Quartarum Cap. 9. n. 5.* inæqualitatem ideo tolerari, quod inter trientem, & semissem, nullus sit alius medius numerus, quo, secundum portionem commodior fieret assignatio, proinde id naturæ vitium esse, non legis. Olim autem indistincte quadrans erat, non attento liberorum numero *§. ult. I. h. t.* Nepotes autem, ubi in stirpes ab intestato succederent, iure repræsentationis, ut si coniuncti patruo, item si ex duobus filiis præmortuis, ex uno plures, ex altero pauciores, spectatur numerus parentum suorum; filiorum defuncti, in quantitate legitimæ. Ut ex gr. etsi quatuor sint ex uno, tres ex alio, triens debetur, non semis. Ubi vero ex uno præmortuo filio quinque vel plures nepotes, quia non adsunt patrui, nec patrueles, cum quibus concurrant, legitima eorum est semis, quia proprio iure in capita succedunt, & filiorum appellatione veniunt, ac de his quoque *Nov. 18. C. 1. in fin.* disposuit Trentac. *Lib. 1. Pract. Resol. Tit. de Legitima Resolut. 3. n. 4.* Cucchus *Tract. de Legit. ad Auth. noviss. Cod. h. t. §. legitima quomodo sit quota, &c. sub fin. pag. m. 49.* Marc. Mantus *eod. Tract. vers. quarto dubitare p. m. 1136.* Coras. *ad L. filium 24. C. Fam. erc. tit. Legitima n. 81.* Wes. *in d. Auth. n. 34.* Quod probe notandum, quia contra videri posset. Sicuti & contra nititur Vaod. *1. Q. 50. n. 6.* quod absonum sit, ut ipse qui non nisi trientem consequi potuit, semissem transmittat. Aucta vero, inquit, & horum legitima *d. C. 1. in fin.* sed ex persona parentum, ut & eorum in capita successio, his accepto ferenda. Verum ex priori opinione, iudicatum refert Beust. *ad L. 1. de iureiur. n. 159.* [illegible]d non exheredati, vel qui alias deficiunt, faciunt num[illegible]um reliquis, in legitimæ taxatione. Pone: quinque sunt [illegible]i: unus iuste exheredatus, vel deportatus. An connumeratur fratribus, ita ut legitima sit semis, an vero illa triens, ac si hic nunquam fuisset? Chiflet. *Cap. 7.* posterius probat, sive lex, & ius excludat deficientem, vel incapacem faciat, quia impune præteriri potest, ut si filia dotata, statuto a successione removeatur: sive factum: & sive id filii; ac idem, si aut reus criminis, deportatus, quia pro mortuo est, item si efficaciter renunciavit: arg. *L. 2. pr. & §. 1. de bonor. possess. sec. tab.* sive testatoris, qui rite exheredavit, cum & exheredatus, pro mortuo habeatur. Cumque partem fratribus non faciat, ut putat Chiflet. vid. *infra C. 9. N. 1.* ideo nec numerum. Et consentit Cucchus *de Legit. d. §. p. 41.* Ac facit, quod ratio augmenti legitimæ hic deficiat, quæ in *Nov. 18. in fin. prafat.* Ne si plures filii, eadem parte contenti esse debeant, quia pauciores, reddantur forte pauperes, qui vivo patre idonei. Rubeus *ad L. 14. D. h. t. C. 15. n. 3.* (qui fuse hac de re, & impedite tractat *d. Cap. 15. & seqq.*) Ant. Quetta *Cons. 39. & seqq.* Ang. Matthæac. *Libr. 2. de Via iuris Cap. 23* Barthol. Kellembenz. *de Renunc. success. Quæst. 37. n. 11. & seqq.* Videtur mihi decisio quæstionis pendere ex illius decisione, de qua *hoc Capite infra. N. 30. & Cap. 9. N. 9.* Nam siquidem, & quando deficiens faciet partem, necesse est, augeat numerum. Exempla hæc facilius declarantur, quam verbosa oratione. Pone: In hereditate sunt 1200. Quatuor liberi. Unus exheredatus. Hic si partem facit, nec sua portio fratribus accrescit, evenit, ut fratrum reliquorum trium singuli, iure legitimæ, consequantur tantum 100. æque, ac si frater concurreret. Qui, si partem non faceret deficiens, singuli habituri essent $133\frac{1}{3}$. Iam pone in eadem specie. Sex sunt liberi. Duo rite exheredati. Hi, si partem faciunt, pariter & numerum augent, quia legitima semis, reliquorum quatuor fratrum cuique obvenient 100. totidem quot habituri, si exheredati ipsis concurrissent, ut ita, casu fratrum adverso, nec inventur, nec læduntur. Quod si partem quidem facerent in distribuenda, sed numerum non augerent in computanda legitima: eveniret in proposito, ut fratrum aliorum quisque iure legitimæ haberet tantum $66\frac{2}{3}$ si nempe propter horum defectum alias semis futurus, 600. complectens, nunc essent quadrans, 400. continens. Quæ ipsa 400. in 6. partes dividenda forent, duæque deficientium non accrescerent fratribus, sed heredi scripto. Proinde casus fratrum adversus, his fraudi esset, odioque, fontes insontes prægravarentur.

24) Consentiunt, quoad parentes Maret. *Tr. Quartar. C. 8. n. 7.* Wesenb. *ad Auth. noviss. C. h. t. n 35.* Sich. *in d. Auth. n. 12.* Fachin. *4. Contr. 28.* Gilkco. *in d. Auth. noviss. n. 21.* M. Mant. *ibid. pag. 1125.* Afflict. *Decis. 204. n. 4.* Ant. Fab. *19. Err. Prag. 9.* Trentacioq. *1. Pract. Resol. Tit. de Legit. Resol. 3. n. 96.* Quæ crebrior opinio est, fatente Ant. Rubeo ad *L. 14. h. t. C. 2. n. 27.*

fin. Sed quia veteres in his titulis, atque hoc argumento de inofficioso testamento, ubique quartæ verba utuntur, eo & nos cum illis docendi caussa nunc utemur, ne qua hic difficultas oboriatur ex discrepantia sermonis: ea tamen lege, ut meminerimus ubique pro quarta trientem intelligendum esse ex constitutione Iustiniani, aut in liberis pro numero liberorum semissem.

XXVIII. Sed hoc intellecto, nihil dum certi de hac portione habemus, nisi simul adiicimus, cuius totius velimus esse hanc quartam portionem: cum omnis portio sive quarta, sive tertia, sive dimidia, sive alia quævis, dicatur ex ratione alicuius totius, cuius est portio, ac pro quantitate totius varia necesse sit portionem variari, ut aut alias maior, alias multo minor efficiatur. Ut puta, quatuor millium aureorum quarta sunt mille: centum aureorum quarta dumtaxat viginti quinque. Inter quas portiones multum interest. Hoc igitur secundo loco necessario quærendum est, quarta hæc portio legitima quam quærimus, nunc triens, cuius totius sit quarta. Et placuit hic quartam accipi debere, non quartam partem totius hereditatis, quasi hæc quarta debeatur unicuique qui præteritus aut exheredatus de inofficioso agere potuit: sed quartam partem portionis ab intestato ei debitæ; aut ut explicatius dicamus hoc idem cum Ulpiano & Alexandro Imperatore quartam partem eius, quod ad eum qui queritur, esset perventurum, si paterfamilias [25] intestatus decessisset. *L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoff.*

24. Qui tamen nec temere inde credit, ut & Battand. *Tr. Legit. C. 4. n.* 31. M. Ant. Cucchus *de Legit. §. parentum legitima an aucta, n. 6. p.* 307. *& seq.* Coras. ad *L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 80. Vaud. 1. Q. 50. Bronc. 1. *Misc. Assert.* 36. Moventur (1) quod inscriptio Novellæ, de solis liberis concepta. (2) Quid ex contextu passim appareat, ad hos solos pertinere, præcipue *d. Nov.* 18. *C.* 2. ibi de ingratis filiis, &c. *ac Cap.* 3. (3) Quod ratio augmenti allata *in Præfat.* parentibus non conveniat, cum in his ita plurium concursus, eindeque partibus hereditariis imminutis, inopia, non ita, ut in liberis formidanda sit. (4) Quod correctio iuris antiqui, non nisi expresse fiat, nec per coniecturas, ac productiones ab interpretibus inducenda sit. (5) Denique quod *Nov.* 22. *C.* 48. *in fin. Nov.* 92. *pr. & Nov.* 39. *Cap* 2. quæ incrementi huius mentionem faciunt, de solis liberis loquantur. Plura pro hac opinione petere licet ex Guth. Auton *Disput. de Legit. Th. 5. lit. B.* Ad *d. Cap. in fin.* resp. Vaud. *omnes* intelligendos esse, scilicet liberos ulteriores filiis, & filias quoque si de matris successione agatur, & Cucch. *d. loc. n.* 7. omnes scilicet descendentes: Verba enim ex proxime præcedentibus restringenda, & Rub. *d. Cap.* 2. *n.* 27. quibus dabatur querela, iure naturali, alias in fratribus quoque aucta esset, quod falsum. Sed huic obsistant ipsa verba: *quibus quarta ratio de inofficiosa lege decreta est.* Et dura est, ac coacta nimis universalis voculæ *omnes* restrictio. Quare a priori non recedo, ac ad rationem contrariam. (1) resp. argumentum fallax esse. Inscriptiones sæpe, a potiori. Crebrius autem est, parentibus liberos superstites esse. Quo, & (2) ratio corruit. Ad (3) resp. cessante caussa impulsiva, non ideo dispositio, &c. & facit *L.* 10. *pr. h. t.* Ad (4) resp. claris nos verbis niti *d. C. in fin.* Accedit quod tralatitium sit, regulæ correlativorum locum quoque esse in correctoriis, Sich. *d. loc. n.* 13. Itemque quando duo, vel plura, in LL. antiquis æquiparata, mutato uno, aliud quoque censeri, Sich. *ibid. n.* 14. Ad (5) resp. *in dd. Nov.* obiter tantum mentio incidit. Nec a positione unius, ad remotionem alterius inde tenet illatio. Quoad fratres, consentiunt Cuiac. *in Nov.* 18. Hotom. *Disp. de Quarta legit. Cap. 4. n.* 19. Trentacinq. *Lib. 1. Pract. Resolut. Tit. de Legit. Resol.* 3. *n.* 5. A. Fab. 11. *Err. Prag.* 9. Fach. 4. *Contr.* 28. & recte per *d. Cap.* 1. *in fin.* Qui dissentiunt, duarum sunt partium: Priores legitimam fratrum agnoscunt, sed adhuc quartam esse, non trientem, vel semissem, contendunt Wesenb. *in d. Auth. noviss. n.* 12. *& n.* 37. M. Mantua *ibid. p.* 1126. Maret. *d. Cap.* 8. *n.* 9. Vaud. *d.* Q. 50. Rubeus *supra n.* 27. Beust. ad *L.* 1. *de iurei. n.* 165. usu ita servari scribens Cagnol. in *L.* 1. *D. h. t. n.* 12. & alii laudati a Fach. *d. C.* 28. moti *d. C.* 1. *in fin.* verbis: *ab initio*, quæ exponunt, iure ordinario. His vero non iure ordinario, nec ratione naturali, sed per accidens, odio infamis personæ institutæ, data olim querela. Sed resp. Fachin. *ab initio*, id est iuxta LL. priores *L.* 21. *L.* 27. *C. h. t.* Posteriores, nec locum huic quæstioni esse tentur, nec ullam fratrum legitimam agnoscunt, sed, etsi tota ea, aut amplius quid relictum sit; odio tamen turpis heredis instituti totum testamentum querela everti volunt Castr. & Salic. in *L.* 27. *C. h. t.* ref. Rod. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. in Evidentialibus n.* 12. Et probat Battand. *Tr. Legitima C.* 9. *n.* 12. Sich. ad *L.* 27. *Cod. h. t. n.* 10. Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 37. Vasq. *Lib* 1. *de Success creat.* §. 10. *n.* 581. *& seqq.* & relati a Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 19. *n.* 16. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 12. quia nuspiam, ait, fratrum legitimæ mentio. Nec eamde fuisse convinci, quod querela his data, quia hæc legitima antiquior, vid. *supra N.* 22. Quin odio instituti totam hereditatem illi auferri. Quam eamdem rationem quoque in ascendentibus, & descendentibus sequendam eo casu putat, arg *L. Pacovius.* 3. *pr. si a par. manum.* Hunc casum, in parentum, & filiorum personis, definitum non esse ob præsumptam eorum pietatem: Exempla vero non deesse Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. Sic & Sich. *in L. 6. Cod. hoc tit.* tradit hoc uno casu, filio instituto in legitima, querelam tamen dari, si ei, in reliqua hereditate turpis persona coheres adscripta; veluti concubina? Et Molinæ. *de Inoffic. don. n.* 71. Quod & rationem habere, utut iure defendi nequeat, censet Cucchus *de Legit. §. ult. sub fin.* ne deterioris conditionis sit filius, contra testamentum patris, quam pater contra filii, *d. L. 3. pr.* Sed hæc reprobant Suarez. *d. loc. n.* 13. Wesenb. *ad d. Auth. noviss. n.* 94. (1) *per L.* 30 *pr. Cod. hoc tit.* ibi: *vel aliis personis, quibus eadem actio.* Ergo quibuscunque olim querela fuit, hodie actio legitimæ. (2) Quia & fratrum legitimæ mentio *Nov.* 1. *in præfat. §. ult.* Ad *d. L.* 3. resp. Saurez. *ibidem n.* 15. Casum diversum esse; Cum de patre, non quovis, sed emancipati, eodemque in totum præterito, loquatur. Quæstioni vero de quantitate quartæ locus est, aliquo in testamento relicto, an scilicet quartam expleat, an repletio petenda sit, &c. add. Cagnol. *ad L.* 1. *hoc tit. n.* 11. Io. del Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 19. *n.* 19. *& seqq.* qui plenissime hanc quæstionem excutit. Matt. de Afflictis *Decis.* 204 Thesaur. *Decis.* 128.

25) Quare, qui a successione intestati exclusi, iidem & a legitima, Pet. Heig. *Parte 1. Quæst.* 25. *n.* 11. P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 1. post alios Tiraq. *de Iure primig.* Q. 55. *n.* 9. *& seqq.* nisi nominatim lex legitimam excipiat, ut *L. 5. §. 3. C. ad L. Iul. maiest. Nov. 1. Cap. 1. §. 1. & Auth. si qua mulier in fin. Cod. de SS. Ecclesiis.* Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 2. Quamquam, hæc per se vera; sed vix regulæ exceptio statui debet, ast potius dici in *d. §.* 3. ad partem solam vocari filias in *d. Cap.* 1. *§.* 1. reliquæ hereditatis delatæ prius, & acquisitæ partem, hac sola relicta, auferri; in *d. Auth. si qua* non tam a successione arceri liberos, quam nullam esse successionem, quæ deferri possit per *Auth præced.* Ut ita perpetua sit regulæ veritas, quia toto sublato, partem utique una tolli oportet. Tiraq. *d. loc. n.* 10. Et necesse est, ut prius quis sit capax habendæ ab intestato portionis, quam ut legitimæ consequendæ, A. Fab. 12. *Err. Prag.* 5. Ideoque Monachis ordinis minorum hæc non debetur, Cucchus *§. legitima quomodo sit quota n. 3. pag. m.* 23. Chiflet. *C.* 9. *sub*

off. test. L. parentibus, C. eod. Adde, perventurum esset legitimæ successionis iure, ut idem Ulpianus paulo post significat, etsi obscurius, in *d. L. Papinianus, §. quoniam.*

XXIX. Hæc definitio nobis diligenter expendenda est. Continet enim breviter ea, quæ in hoc toto, seu in hac portione ab intestato debita, spectari, unde & eam æstimari ac constitui oporteat: quæ si attendimus, tria sunt. Nam primum ostendit, quam portionem hic intelligere debeamus. Secundo loco, quo iure ea haberi debuerit. Tertio, quomodo & quibus deductis eius quantitas sit æstimanda. Primum docemur, quartam hic non esse, nisi portionis ab intestato debitæ: sic enim & hanc vocat idem Ulpianus in *d. L. Papinianus, §. quoniam.* Et ideo si ad eum qui queritur tota hereditas perventura esset ab intestato (finge filium, quem unicum pater aut mater habebat, exheredatum esse) is totius hereditatis quartam habere debebit, eaque eius portio legitima futura est. At si proponas duos filios testatoris quos solos habebat, testamento eius exheredatos, quemadmodum unusquisque eorum intestato patre mortuo semissem hereditatis tantum haberet, ita unicuique quartam huius semissis tantum dabimus, eaque portione eum contentum esse iubebimus. Ea autem est uncia & dimidia totius hereditatis; hæc in singulis querelam excludet. Id Ulpianus declarat in *d. L. Papinianus, §. quoniam.* in specie huiusmodi Avus ex duobus filiis demortuis nepotes habuit: ex primo filio unicum: ex secundo tres. Is uxore aut fratre heredibus institutis, exheredatis nepotibus quibus aliquid legaverat, vita decessit. Nepotes queruntur de inofficioso testamento avi. Obiicitur illis: in iis quæ iure legati eis relicta sunt, habere eos quod sufficiat ad quartam legitimam. Cum negarent, quæsitum est, quantum quartæ nomine habere debeant, ut sciatur, an hoc ipsum habeant, necne, & si habent, querela excludantur. Respondet Ulpianus his verbis: unicum ex primo filio nepotem sescuncia, idest, uncia hereditatis & dimidia: unum ex aliis tribus semuncia, idest, dimidia hereditatis uncia querela excludit. Hoc Ulpianus ex superiore definitione, & eo quod in *eodem §.* præmiserat, quartam debitæ portionis sufficere ad excludendam querelam. Quod in proposita specie hoc modo accidit. Nam si avus iste intestatus decessisset, ei succederent hi nepotes in stirpes, non in capita. *§. cum filius, Inst. de her. quæ ab int. defer.* Ita divideretur hereditas in duos semisses; ex quibus unum ferret nepos ex primo filio solus; alterum tres nepotes ex altero filio haberent: qui si divideretur inter eos, singuli habituri essent duas uncias hereditatis. Quæ ergo est quarta portio semissis? sescuncia, idest, uncia & dimidia. Hæc igitur illum unicum ex primo filio nepotem a querela excludit. Rursum duarum unciarum quarta pars quænam est? semuncia, idest, dimidia uncia. Proinde & hæc ipsa reliquos nepotes tres singulos querela excludet. In quibus

9. *sub fin.* sive iure communi, sive municipali, vel statuto, nisi hoc specialiter, legitimam servet Chiflet. *d. C.* 2. Tiraq. *d. Q.* 55. Heig. post alios *Q.* 1421. *n.* 25 A. Fab 12. *Err. Prag.* 6 Ut si fœminæ repellantur, exstantibus masculis. Etsi de hoc varie contravertant, & in contraria propendeant M. Ant. Cucchus *d. loc. pag.* 23. *& seqq.* Mar. Mantua *de Legit. filior. pag. m.* 1137. *& seqq.* Wes. *ad Auth. noviss. Cod. hoc tit. n.* 19. *& seqq.* Rubeus ad *L.* 14. *li. 1. Cap.* 3. *n.* 11. Albert. Brunus *Comm. super statuta exclud. fæm. Art.* 9. Modo legitimum id sit, & iure validum, iuxta ea quæ *supra h. C. N.* 20. Quare statutum generale, quod non aperte removet, sed tacite a successione liberos, alios vocando, ex. gr. coniugem superstitem, hanc interpretationem recte accipiet, ut tamen liberis legitima salva sit, quo absurdum evitetur, Wes. *Cons.* 24. *n.* 5. Pingicz. *Q.* 29. Coler. *Decis.* 57. *n.* 54. Quia nec si claris verbis, a legitima ipsa, hoc casu arceret liberos, eatenus valere deberet. Facit *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 3. Idem in statuto, vocante fratres defuncti ambilateres, præ parentibus, quod intelligitur, salva parentum legitima, Myns. 6. *Obs.* 43. sive etiam ex pacto suo, & renunciatione generali successionis paternæ, quando ea valida, aut recte, contra DD. A. Fab. 12. *Err. Prag.* 5. add. Cothman. *Iur. Resp.* 90. *n.* 53. *& seqq.* Tiraq. *de iure primogen. Q.* 55. & confirmat Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 6. *n.* 15. *& seqq.* Dissentit post alios Mynsing. 1. *Obs.* 34. & Ludoc. a Peguera *Decis.* 138 Quia vero viventi nulla successio, consequitur nec legitimam a patre filium iure desiderare, de quo belle Chiflet. *Cap.* 15. Pinell. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 3. *n.* 75. Cucchus *§. Legitima an augeatur n.* 5. *& seqq. pag.* 213. *& seqq.* Bartand. *Cap.* 8. *n.* 10. *& seqq.* Vasq. 1. *Ill. Contr.* 37. *Moll.* 3. *Semestr.* 6. Padilla ad *L.* 3. *Cod. de iur. & facti ig. n.* 32. Tametsi statutum, ut ex maleficio filii teneatur pater condemnationi satisfacere, usque ad rationem legitimæ tenere, plerique statuant, teste Padilla *d. loc. n.* 34. M. Mantua *d. Tr. pag.* 1097. Cuccho *d. loc. n.* 53. & quos citat Moller. 3. *Semest.* 6. (ubi limitat *n.* 4. nisi ex filio, qui deliquit, nepos superfit) cujusmodi tamen statutum Baldo iniquissimum visum, teste Mareto *Tr. Quartarum Cap.* 9. *n.* 19. Et quæ pro filio ita solvit pater necessitate coactus, in legitimam imputantur, ex communi Trentacinq *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. *n.* 18. Non æque si ex voluntate, quia caussa pietatis facere censetur. vid. Io. Gutier. *in Repet. §. sui l. de her. qual. & differ. n.* 39. Legitima, quando fisco debeatur ex delicto filii, vid. Horat. Carpan. *in Cap. omnium novar Const. Mediolan. n.* 245 *& seqq* Quanvis item, & alios casus excipiant, quos petere licet ex P. Greg. 44 *Sync.* 5. Sich ad *L.* 6. *C. hoc tit. n.* 5. qui eos reprobat, Chiflet. *d. Cap.* 15. Plane si libeat patri in vita assignare legitimam filio licet, ut *infra N.* 41. Quid si monasterium ingressus pater? Diffident hic interpretes, ut utra receptior opinio sit, dignosci facile nequeat, teste Vasq. *d. Cap.* 37. *n.* 10. quem adi & Maret *Tr. Quartarum Cap.* 10. *n.* 2. (qui statim deberi vult) Chiflet. *d. Cap.* 15. *pag.* 837. *& seqq.* Cucchus *d. §. n.* 17. *& seqq.* Mantua *d. loc. pag.* 11. Gutier. 1. *Canon. QQ.* 1. *n.* 75. *& seqq.* Goth. Anton. *Disput. de Legitima Th.* 2. *lit.* G. Wes. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 81. qui generalius civiliter mortuo patre, non ante legitimam deberi, quam morte naturali secuta, per *Auth. si qua mulier C. de SS. Eccles.* Confer. Robert. 4. *Rer. iudic.* 16.

bus enm videamus constanter attribui cuique quartam non hereditatis, [26] sed solum debitæ ab intestato portionis, aperte definitionem ante a se positam hoc exemplo declarat, simul & confirmat.

XXX. Secundo loco in hac portione ab intestato debita, cuius quartam quærimus, hoc inesse volumus, ut perventura fuarit non solum ab intestato, sed etiam iure legitimæ successionis. Iure accrescendi si qua pars accedere potuerit, hæc non computabitur ei qui queritur, ut huius quoque partis quartam accipere debeat. Utputa, duo sunt filii exheredati. Si ambo ad querelam veniant, effectum est supra singulos legitimæ portionis nomine nihil amplius habere debere, quam quartam partem semissis, qui ad singulos perventurus erat ab intestato. Quid ergo, si unus non queratur, sed querelam repudiet, atque hoc modo hereditatem? An non alter qui queritur, quartam habere debebit totius hereditatis? Quidni, dixerit aliquis? Nam si res gereretur ab intestato, is qui queritur, altero repudiante, totam hereditatem obtineret: partim iure successionis, partim iure accrescendi. *L. si ex pluribus*, *D. de suis & leg. her.* Dicimus eum contentum esse debere quarta parte semissis eius, qui ad eum perventurus esset iure successionis legitimæ: nullam eius, qui provenire potuisset iure accrescendi. Nec abs re: quia ea demum portio vere dicitur pervenire ab intestato, quæ iure successionis legitimæ obvenit. Nam quod accedit iure accrescendi; non minus obtingere solet ex testamento, quam ab intestato. Et hoc est, quod Ulpianus in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam*, *de inoff. test.* in his duobus filiis exheredatis quærit, si unus ad querelam veniat, & de quarta eius quæratur, an in ea æstimanda partem ei faciat alter exheredatus, qui non queritur, seu qui querelam repudiat. Et ait eum alteri fratri partem facere. Quod nihil aliud est, quam huius repudiantis semissem non sic æstimari, quasi ad alterum fratrem perventurus esset: proinde nec prodesse fratri ad hoc, ut nec eius quoque semissis quartam partem accipere debeat. Nam in usu iuris dicitur alteri partem facere is, cuius portio proinde habetur, quasi eam accepisset, eamque iam sibi propriam obtineret, ita ut inde nihil rediret ad alterum nec iure accrescendi. *L. utrum*, *D. de reb. dub.* Quod si in proposito exheredatus qui non queritur, ita partem facit fratri alteri suo ut ad eum hæc portio non esset perventura: perspicuum est hoc dici, nec huius portionis repudiatæ quartam partem alteri fratri deberi: quia effectum est, nihil amplius eum accipere debere quartæ nomine, quam quartam eius, quod ad eum perventurum esset ab intestato. Notandum vero diligenter, quod hic dictum est ab Ulpiano, eum qui non queritur, alteri fratri partem facere, dictum esse non simpliciter, sed tunc cum de quarta legitima ei qui queritur æstimanda agitur. Diversum [27] est, si de querela a duobus exheredatis movenda ageretur: quo tempore scilicet neuter quartam haberet, posseque ideo uterque de inofficioso testamento agere. Id cum accidit, placet enim qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi ut & Ulpianus loquitur, eum qui non queritur, partem non facere iis, qui eamdem querelam movere volunt. *L. 17. L. 16.* in pr. *D. de inoff. test.* Recte utrunque: quia per querelam hereditas petitur: petitio autem hereditatis datur omnibus qui hereditatem obtinent; nec refert, quo iure, utrum successionis suæ, an iure accrescendi. *L. 1. 2. 3. D. de pet. her.* At quarta legitima non debetur totius hereditatis nomine, quæ ab intestato obtineri poterat, sed solum eius portionis, quæ obventura esset ab intestato successionis propriæ iure, ut diximus.

XXXI. Postremo superioris definitionis verba ita sunt; spectari debere eam portionem, quæ intestato patrefamilias mortuo esset perventura. Perveniendi verbum nos admonet, quomodo eam portionem æstimare debeamus. Nam pervenire quid dicitur, non quod quis quovis modo capit, sed quod ita capit, ut sit permansurum, unde nec quidquam aliis iure dependere cogatur. *L. aliud est capere*, *D. de verb. sig.* Hinc intelligimus, id quod in inre

[26] Quando tamen nulli ab intestato successuri, nisi quibus ius querelæ, vel legitimæ petendæ, nil eo casu refert, utrum dicas esse quotam bonorum omnium, quæ pro rata, inter plures distribui debeat, ut *§ ult. I. h. t.* an vero partis, ab intestato debitæ, ut *L. 8. C. h. t.* Utroque enim sermone, idem significamus. Refert vero multum, quando aliqui, ab intestato successuri, sed quibus ius querelæ non est, una cum iis, quibus est. Veluti defunctus reliquit patrem, matrem & fratres. Ab intestato, omnes succederent. Ast nunc patri soli querela, (ponamus quod non turpis heres sit institutus.) Quam excludit legitima relicta. Interest hic, an dicas esse trientem substantiæ pro rata dividendum. Sic enim patri obvenirent duæ unciæ, totidem matri. An vero trientem partis ab intestato debitæ, ubi quisque parentum unciam habebit; & fratres partem eis facient, sicuti facerent, si ab intestato admitterentur, vid. Chiflet. *C. 6.* P. Greg. 44. *Synt. 5. n. 6. & seqq.* Wes. *in Auth. noviss. C. h. t. n. 36.* Tessaur. *Decis. 172.*

[27] Planius hæc declarata *infra C. 9.* ubi vid. *N. 3.*

iure certo est, portionem ab intestato debitam, cuius nunc quartam quærimus, sic æstimari debere, non ut res singulæ hereditariæ in ea computentur, quarum debeatur quarta; sed ut ante omnia de ea portione deducantur hæc, æs [28] alienum, funeris impensa, libertates, seu pretia [29] servorum testamento manumissorum: tum deinde quod his deductis reliquum est, intelligatur esse illud totum, cuius partem quartam haberi volumus. *L. Papinianus*, *§. quarta*, *D. de inoff. test.* Quod totum exemplo quartæ falcidiæ recte defenditur: in qua similiter ineunda cum quæritur de quantitate patrimonii, cuius quartam heres habere debet ex lege falcidia, quantitas patrimonii ad istum plane modum æstimatur, *§. ult. Inst. de leg. fal.*

XXXII. Cum constituerimus portionem illam ab intestato debitam, totum illud videlicet, cuius de quarta nunc agitur: sequitur iam ordine, quod erat tertium, ut de hac ipsa istius portionis & totius quarta videamus, habeatne eam qui queritur, an non habeat. Quæstio in eo est, quod proposuimus, quibus in rebus is qui de inofficioso queri potest, istam quartam habere debeat, ut cum eas res habebit, hæ illi in hanc quartam imputentur: sic deinde an hæ inter se collatæ quartam efficiant, iudicetur. Ita in summa, si de iure hic quæritur, una hæc in hac re quæstio est, quæ res in quartam legitimam imputentur. Et sciendum est ea solum in hanc quartam imputari, quæ ex bonis defuncti capiuntur: cum Iustinianus portionem legitimam, iubeat esse propriæ defuncti substantiæ trientem aut semissem. *Nov. de tri. & semis. §.* 1. Neque tamen quæ ita capiuntur, & imputantur [39] omnia,

28) Quod testator, cuicunque debuit (nam & posterior creditor, nisi sit ea caussa donationis, legitimam petente potior, Ant. *de Exsec.* §. 7. C. 15.) etiam heredi, per *L. 6. pr. L.* 8 ad *L. Falc.* Neque enim confusio, quæ aditione contingit, retentionem impedit, Cucchus §. *legitima est quota bonorum n.* 23. *& seq.* item, quæ ex caussa fideicommissi, pater restituere gravatus, Cucchus *d. loc. n.* 22. Chiflet. *d. Cap.* 12. *in fin.* arg. *d. L.* 8. Non vero, quod heres debet, veluti legata, quæ non prius deducuntur, nec legitimam minuunt, cum iis præstandis heres demum aditione se obligat. Cumque ipsa non debeantur, nisi deducto ære alieno, in ære alieno esse nequeunt, Chiflet. C. 12. *pag.* 804. Etiamsi ad pias caussas facta, per *C. ult. can.* 17. *Q.* 4. Chiflet. *d. loc.* Cucchus *d. lo. n.* 28. Annæ. Robert. 1. *Rer. Iudic.* 1. Alias facilis ratio erit fraudandi legitima. Sicuti & modum fraudandi tradunt, si nempe pater promittat bona sua alteri post mortem, quia erit æs alienum. Sich. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 3. Quod ita admittit M. Mantua *pag.* 1196. Si ex titulo oneroso promittat, ne subiaceat querelæ inofficiosæ donationis, tutam tamen hanc cautelam in animi foro negat, ut & Cuch. *d. §. n.* 4. Occasione horum quæri potest, num legitima sit, Quota bonorum, an hereditatis? Prius ea dictis inferri videtur. Quia scilicet hereditas æris alieni, aliisque oneribus obnoxia. Ad legitimam vero non ante pervenimus, quam creditoribus omnibus satisfactum. Ergo ex bonis detrahitur, quæ deducto ære alieno dicuntur *L.* 39. §. 1. *de V. S.* Ad hæc tempus mortis, in legitima inspicitur *L. 6. C. h. t.* nec augmenta, vel decrementa hereditatis huic prosunt, vel obsunt, ut *not. infra h. C. N.* 47. Denique textus in *L.* 2. §. 1. *Famil. erc.* de quarta D. Pii, cuius, quoad hoc, eadem ratio. Et quarta bonorum pars hæc vocatur *L. 6. C. h. t.* Et ita Sich. *ad d. Auth. n.* 3. M. Mantua *ibid.* vers. *nota secundo pag.* 1089. Maret. 9. *Tr. Quartar. C.* 7. *n.* 6. *& seq.* Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 3. tradens filium in legitima, non esse proprie heredem, nec dici, nisi quoad exclusionem querelæ, & ius accrescendi. Et quia iure hereditario, in ea non succedit, ideo non prohiberi venire contra factum defuncti. Wes. *in d. Auth. n.* 92. fuse Cucchus *in d. Auth. §. Legitima est quota bonorum*, inde plura inferens Vand. 1. *Quæst.* 5. *& Q.* 52. *n.* 5. Cagnol. *in L.* 8. §. *quarta h. t. n.* 11. *& seqq.* A. Faber. 14. *Err. Prag.* 6. *pag.* 477. *& Cod. Fabriano h. t. de fin.* 6. & passim Menoc. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 162. Valasc. *Praxi collat. Cap.* 17. *n.* 5. *& seqq.* Barthol. Kellenbenz. *de Renunciat. success. Q.* 73. *n.* 68. Gilken. *in d. Auth. n.* 5. *& seqq.* ac relati a Castillo *Contr. Quotid. Cap.* 13. *n.* 32. Et recte, tametsi hæc magno errore probari scribat Chiflet. *de Port. legit. C.* 12. maxime, inquit, postquam iure novo titulo institutionis relinquenda. Nam resp. non tamen necessaria institutio, in aliqua assis parte, sed in quacunque re, etiam minima sufficit, ut *infra N.* 40. Ergo eo demum casu, vere heres filius, cum in certa hereditatis quota scriptus, quæ tamen si legitimam non expleat, ex. g. uncia, non in amplius heres est. Nec si heres ei ex deunce adiunctus, is in sextante heres esse desinit, propter repletionem filio faciendam; sed manet heres, ipsiusque onus est supplendæ legitimæ filio, sine onere. Nam quod, Chiflet. ait supplementum, ceu adiectionem, & accessorium principalis naturam sequi parum urget. Neque enim, ea hereditate iubetur fieri repletio, sed ex substantia. Quare non spectatur, quid filio desit, ad trientem hereditatis, sed bonorum. Pone: Hereditas continet 1200. Æs alienum absorbet 900. Filius ex uncia scriptus heres, coherede dato, ex deunce. Hic quia uncia fili 100. & ita trientem bonorum continet, nihil ei supplendum, ad trientem hereditatis. Alioqui suppletio nihil proficeret filio, tantum oneraret ad 300. creditoribus pro parte sua exsolvenda. Atqui onerari non debet. Pone item: in ære alieno 600. Hic aliquid supplendum in uncia, instituto. Ast non 300. ut trientem hereditatis habeat, ex quibus deinde 200. creditoribus præstet, sed 100. ut 200. habeat, quæ tertia pars bonorum, sine onere. Quin nec si petens partem hereditatis pro legitima, paratus sit, pro ea parte, onera subire, audiri eum Senatus Sabaudiæ voluit, A. Fab. *d. Defin.* 6. Quod si ex re certa scriptus heres filius, adiuncto ei herede simpliciter instituto, ille legatarii loco est, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 18. *N.* 12. Quare quod dicunt, heredem esse filium, in legitima, sed sui generis, quia onera non ferat, Chiflet. *d. C.* 12. (add. Fachin. 12. *Contr.* 4.) id statuendum non in tota legitima, nisi in tota scriptus, sed in parte ea, qua institutus. Ut in priori exemplo, filius heres vere ratione unciæ. Onera autem nulla penitus fert. Sicuti & si in portione legitima maiore scriptus, ex gr. ex semisse, heres quidem est, ex tota ea parte: At oneribus non nisi sextantis ratione, obnoxius. Nisi solus institutus sit in legitima, ubi reliqua hereditas accrescit, & necesse est ut etiam legitima capiatur, iure hereditario, Cucchus *d. §. n.* 41. *pag.* 70. Cum eadem res, diverso iure censeri, non debeat. Quo de fuse, probe declarans Tiraq. *de Nobil. C.* 28. *n.* 11. *& seqq. & de Retr. Lign.* §. 1. *Gl.* 28. *n.* 21. *& seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 37. *n.* 8. *& seqq. ac Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 36. *& 2. seqq.* Diss. aliter Battand. *C.* 5. *n.* 7. *& seqq.* statuens partem substantiæ, quam & a bonis, & ab hereditate differre vult.

29) Unde via fraudandi filium, si quis præter servos nihil in bonis habeat, contra quam cautio *in d. §.* 9. de quo vid Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 2.

30) Ita & Cucchus §. *quæ sint imputanda n.* 1. *pag.* 135. *& §. utrum data, &c. n.* 3. *pag.* 147. sequi argumentum negative. Non est ea substantia patris. Ergo non imputatur. Non vero affirmate. Qui de his fuse tractat *d. §. Quæ sint &c. ac seqq.* & Bertand. *Cap.* 11. Chiflet. *Cap.* 14. Wes. *ad Auth. noviss. Cod. h. t. n.* 50. *& seqq.* Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. Ranchar. *P.* 2. *Q.* 17. Govean. ad *L.* 24 *C. Fam. erc.* Cuiac. *Cons.* 24. qui ea tantum imputari scribit, de quibus specialiter, expressum, de quo & *text. L. pen. in pr. C. de Collat.*

omnia. Certa ea sunt, & definita legibus: quorum tria sunt genera. Primum, si quid ex bonis defuncti iure ipso percipitur, etiam si non iudicio testatoris: cuius generis est quarta, quæ ab impubere arrogato ex constitutione Divi Pii [31] capitur. *L. Papinianus*, *§. si quis impubes*, *D. de inoff. test.* finge hoc modo. Avus nepotem impuberem ex filia, in locum filii arrogavit: quem cum postea sine iusta caussa emancipasset, etiam hoc exheredato aliis heredibus institutis decessit. Debetur huic impuberi constitutione Divi Pii quarta bonorum avi. *§. item non aliter*, *Inst. de adopt.* Sed is hac quarta non contentus quasi immerito exheredatus de tota hereditate agit, & de inofficioso testamento avi queritur. Obiicitur ei, habere eum quartam partem bonorum avi ex constitutione Divi Pii, aut si nondum accepit, ei offertur; hanc quartam qui habeat eum quartam legitimam habere; hac autem querelam excludi. Negat exheredatus quartam constitutione Divi Pii debitam in quartam legitimam debere imputari, quia iudicio testatoris non capiatur. Quæstio, an imputari debeat, necne. Placet debere.

XXXIII. Secundum genus rerum in quartam legitimam imputandarum est earum, quæ iudicio defuncti capiuntur, quæ præcipue in hanc quartam imputari constat. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.* In hoc numero sunt ea, quæ relicta sunt institutionis, aut legati, aut fideicommissi iure: item & quæ donata caussa mortis; postquam donationes caussa mortis per omnia legatis comparantur. *L. inter*, *D. de don. caus. mor.* Indicantur hæc in *§. ult. Inst. de inoff. test.* *L. si quando*, *§. ult. C. eod.* *L. si non mortis*, *D. eod.* In eadem caussa sunt, & quæ mortis caussa capiuntur. Ut, si heres institutus sit sub conditione, si decem exheredato daret, & exheredatus acceperit conditionis implendæ caussa; ea illi in quartam [32] imputabuntur. Atqui quæ ita accipiuntur, neque legata sunt, neque fideicommissa, neque donata caussa mortis. *L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Sed capiuntur nihilominus iudicio testatoris: non enim caperentur, nisi iudicio testatoris posita essent in conditione. Qua ratione & hæc eadem in quartam fideicommissariam imputantur. *L. in quartam*, *D. ad leg. falc.* Non obstat, quod Iustinianus in *Novel. de tri. & sem. §. 1.* trientem propriæ defuncti substantiæ exigit. Satis enim triens ex propria defuncti substantia capi videtur, cum aut inde recta sumitur, aut pro eo testator curat aliunde dari tantumdem, quod eius vicem suppleat, aut in eam rem velut compensetur. Idque ipsum ita interpretatur alia Novella Iustinianus, puta. *Nov. ut cum de app. cog. §. aliud*, ubi in quartam imputari vult, non tantum quæ testator dedit cuiuslibet donationis iure, aut legati, vel fideicommissi; sed etiam iure cuiuslibet alius modi. Constat autem fideicommissa de bonis rogati relinqui solere. Sed & si quid extra donationem, legatum: & fideicommissum alio modo a testatore datur, id ipsum est, quod mortis caussa capitur. *d. L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Quare & hoc ipsum non minus quam fideicommissum vult Iustinianus in legitimam portionem [33] imputari, idque etiam postremis suis legibus. Ut iisdem legibus illud idem superius statuat, omnia quæ iudicio defuncti capiuntur, in quartam legitimam imputari. Habet tamen hoc genus nonnullas exceptiones. Nam neque superiora omnia imputantur in quartam, neque omnibus.

XXXIV. Primum iure vetere non omnia. Excipiebantur olim, quæ ita relicta erant exheredato vel præterito, ut ea roga-

31) Quam filius habet principali providentia §. 3. *in fin. v. iubetur 1. L. 22. D de adopt.* vid. Chiflet. *C. 1. sub fin.* Hoc argumento, dici potest recte, ab Aug. Sax. Elect. statutum *Nov sua 11. P. 3.* Utensilia quoque in legitimam filiæ imputari, ubi vid. Moller. & Rauchbar. *P. 2. Q. 17.* etsi obloquatur Goth. Anton. *Disp. de Legit. Th. 4. C. 4.*

32) Diss. Maret. *Tr. Quartar. C. 16. n. 10. pag. 140.* Cucchus § *Quæ sint imputanda n. 8. & seqq. pag. 138. & seqq.* non imputari sentiens, sive ab extraneo præstanda sint, sive ab herede. Etsi enim tunc nullam dilationem patiatur solutio; superest tamen, ait, ratio, quod non debeat legitima ab aliena potestate, & quodammodo casu, pendere. Qua & ex ratione, nec imputari censet, etsi data sint, ex substantia paterna, *ibid. §. utrum data pag. 145. & seqq.* Chiflet. vero *Cap. 14. pag. 827.* illa non imputari censet, hæc ita, ut & Trentacinq. opinionibus relatis *Lib. 1. Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol. 5. n. 9* Certe ratio Cucchi non stringit. In omnem namque eventum, filio satis prospectum. Nam si heres det, quæ dare iussus, ac conditioni pareat, id consequetur filius. Quod si parere renuat, cessante conditione institutionis, filius totam hereditatem ab intestato habiturus. Quare multo magis eo casu imputabitur, si filius institutus rogatus hereditatem restituere, acceptis 100. tametsi & hic diss. Cucchus §. *Quibus in rebus, &c. n. 13. pag. 8.* eo quod legitima a die mortis debeatur ipso iure, nec temporis intervallum admittat, nec a potestate pendere debeat, quodque vocula *ex substantia* caussam proximam, non eam, quæ veluti per longam seriem sit, denotet, *L. 59. §. ult. de pecul.*

33) Diss. & hic Cucchus §. *utrum data n. 19. pag. 154.* Pone: Legatum patri a Titio, si decem dederit filio. Hæc decem, ait, etsi ex substantia patria, tamen filius non habet ut filius, nec ex caussa patris, sed ab eventu, & ex quadam caussa adventitia. Quin nec proprie dici possunt profecta ex substantia patris, qui consequutus est legatum loco decem horum datorum.

rogaretur [34] restituere alteri. *L. Papinianus*, §. *unde*, *D. de inoff. test.* Nec immerito; cum rogatus ea restituere cogeretur: non videatur autem quisquam capere id quod mansurum non est, sed necesse habet alii restituere. *L. aliud est capere*, *D. de ver. sig.* *L. non videtur quisquam*, *D. de reg. iur.* Unde non dubium, quin nata sit veteribus illa dubitatio, de qua Ulpianus respondet in *L. Papinianus*, §. *si quis impuberi*, *D. de inoff. test.* Pater filio impubere herede instituto, ei secundis tabulis heredem substituit. Quæritur, an ob hoc admittere debeamus impuberem ad inofficiosi querelam. Sed cur dubitamus? quia nihil interesse videtur, inquam, utrum hereditas patris ad alium redire debeat ex patris fideicommisso, an vero ex eius substitutione. Iam autem diximus, quod quis ex caussa fideicommissi restituere rogatus est, non videri eum cepisse. Et respondet Ulpianus non ob hoc impuberem ad querelam inofficiosi admittendum. Recte. Nam fideicommisso testator adimit, quod prius dederat. Pater autem heredem substituendo impuberi, nihil ei adimit, sed adiicit potius. Dat enim ei heredem, quem si a patre filius impubes non accepisset, nihilominus iure aut hunc aut alium esset habiturus. Nata hinc quoque dubitatio *L. si pater puellæ*, *C. eod.* Proponebantur enim filius & filia, heredes instituti & rogati, ut si quis eorum intra viginti quinque annos ætatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret. Dubitabatur igitur nomine filiæ, quæ ex triente solum instituta fuerat, an posset de inofficioso agere, quam ad rem ius superius illam admittere videbatur, quia & eam portionem, ex qua erat instituta, rogata esset restituere. Et rescriptum est hic querelam inofficiosi cessare: non quia mutaretur ius superius: sed quia in proposito esset reciprocum fideicommissum inter fratres, quo fieret, ut quantum quisque rogatus esset restituere alteri, tantum vicissim ab illo acciperet, aut amplius. Hodie hæc exceptio, proinde & omnis superior dubitatio, quæ inde nascitur, constitutione Iustiniani [35] sublata est. Nam is de omnibus quæ relicta sunt iis, qui de inofficioso testamento queri possunt, hoc cavit, ut de his rebus usque ad quantitatem legitimæ portionis subducatur omnis conditio, dilatio, omnis denique adiectio moram, vel quodcunque onus inferens, quæ a testatore iniecta fuerit institutioni, legato aut fideicommisso: hæc ille, in *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoff. test.* In quo hoc illum constituisse apparet, ut quæ sub conditione aut in diem relicta sunt, pro puris [36] habeantur: quæ autem relicta sunt ita, ut vicissim quid præstet is

34) Ubi tamen, si post tempus restituere gravatus, medio tempore percepti fructus olim imputabantur *d.* §. 11. Quod primo temperatum, quoad liberos primi gradus *L.* 6. *pr. Cod. ad Trebel.* Pac. 3. Q. 33. postea omnino correctum, per *L.* 36. *in pr. Cod. hoc titul.* Ut non imputentur fructus, quia testatoris nunquam fuerunt, ideoque nec ex substantia eius sunt, Cucchus *d.* §. *utrum data* n. 38. *& seq. pag.* 161. M. Mantua vers. *nota tertio pag.* 1691. add. Hot. 4. *Obs.* 20. Ant. Quetta *Cons.* 23. Fachin. 12. *Contr.* 70. *&* 2. *seqq.*

35) Et ita quod *d. L.* 12. antiquata sit, statuit Sich. *ibid.* n. 7. P. Greg. 44. *Synt.* 5. n. 28. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *Cod. hoc tit. ampliat.* 6. n. 5. Ubi refellit contra sentientes, quos refert & sequitur Fach. 5. *Contr.* 27. Quorum ratio. (1) Dispositio *d. L.* 32. inducta ne testamentum everteretur. Ergo gravamen debet reiici eo casu, quo alias querelæ locus foret. At in specie *d. L.* 12. cessat querela. Resp. Suarez. dispositionem *d. L.* 32. generaliorem esse, quam ut ita coarctari debeat. Cum ratio non utique restringat dispositionem. Nec ratione ea sola niti, sed & alia, posita in favore filiorum. Consulere sane *d. L.* 32. iis solis, qui vocantur ad querelam: At non in iis casibus solis, quibus vocantur. Cum inter omnes conveniat, conditionem potestativam, quoque reiici, ubi tamen iure antiquo, locus non erat querelæ. (2) Obiic. Fideicommissum reciprocum non est onus, quia commodum adferre potest. Multaque ratione dubii eventus licita *L. si ea* 14. *C. de Usur.* Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don.* v. *donatione largitus* n. 131. Resp. Etsi ex eventu possit sperari commodum, is tamen incertus, ideoque onus respectu futuri eventus. Necessario enim damnum est ex parte unius prius decedentis, eo ipso, quia est commodum ex parte superstitis. Adhæc in *d. L.* 12. neuter potest disponere de bonis pro legitima relictis, neque inter vivos, neque ultimo elogio, quod grave onus. Instas. Actus indifferens, qui se æqualiter habet ad commodum & damnum, neutrum lædit, etsi ex eventu damnosus *L.* 11. *C. de transact.* Resp. Verum hoc in restitutione in integrum, quæ læsionem ab initio requirit *L.* 11. §. 4. *de minor.* Deinde ibi de remissione spei agitur. Hic species contraria est.

36) *Leg.* 36. §. 1. *Cod. hoc tit.* Qua de re pluribus, Gomez. 1. *Resol.* 11. n. 24. *& seqq.* Covar. *in C. Raynald.* 18. §. 2. *extr. de testam.* Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 6. *Comm. Conclus. Tit. de Legitima Conclus.* 1. Gail. 2. *Obs.* 119. Battand. *Tr. Legitima Cap.* 10. Goth. *ad Nov.* 18. *Cap.* 3. Maret. *Tr. Quartar. Cap.* 14. fuse Cucchus §. *Legit. nullam gravamen pag.* 330. *& seqq.* Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. n. 196. *& seqq.* fusissime Rodericus Suarez. *in Repetitione d. L. quoniam* 32. *Cod. hoc tit.* sic & quando dos legitimæ vicem subit, pure ea, & sine conditione, debetur, ut & innuba eam transmittat, ac de ea recte testetur, vide Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 38. n. 37. Olim quidem, ex caussa oneris, vel dilationis, si legitima incommodo cederet, querela dabatur, cum minus accipiat, qui tardius, Connan. 9. *Comm* 10. n. 1. Ipso vero iure subducebatur onus, in una specie legitimæ patroni *L.* 28. *de L.* 2. Ratio, quia is per bonorum possessionem contra tabulas non rescindebat testamentum in totum, sed pro sua legitima. Intererat igitur, ipsius potius tolli gravamen, ipso iure. Filio autem expediebat, querela uti, ad totum testamentum subvertendum. Gomez. *d. C.* 11. n. 24. Suarez *d. Repet. in Evidentialib.* n. 18. ubi dicit, non quodvis tamen gravamen remotum olim, ex *d. L.* 28. sed fideicommissi, nec cuiusvis, sed relicti extraneo, non si liberis liberti, aut parentibus *L.* 64. *in fin. ad Treb.* *L.* 4. *pr. de cond & dem. vid.* § 3 *Instit. de success. libert.* Quin & hodie tollitur gravamen ipso iure, quod olim querelam non pariebat, ut si filius, qui in potestate, sub conditione potestativa institutus est, de quo Suarez *ib. ampliat.* 1. Male vero Gov. 1. *Var. Lect.* 5. n. 19 Patrem posse filio, quem in potestate habet, in legitima, post pubertatem, verbis fideicommissi substituere. Nec iuste dubitat Guido Papæ Q. 203. an quæ per actionem expletoriam adepti liberi, veniant in fideicommissum universale. Non venire certum est, cum sint pars legitimæ, proinde eiusdem iuris, cuius totum. Peius, qui filio heredem ex asse

is qui accepit, aut ita, ut is rogetur ea restituere, in his idem & cui hæc relicta sunt, usque ad quantitatem legitimæ neutrubi ea præstatione aut restitutione obligetur. Qua præstationis & restitutionis necessitate sublata, nulla potest in posterum dubitatio adferri, cur non debeat relictum imputari in quartam, postquam ita datum est, ut & purum sit, & sit etiam porro integrum mansurum.

XXXV. Sed nec omnia, quæ iure legati aut fideicommissi relicta sunt, in quartam imputantur liberis. Excepit Iustinianus ea, quæ non ex substantia patris, sed aliunde filio obvenerunt, quanvis indicio patris; puta vel ex substitutione, vel iure accrescendi; hoc in *L. pen.* in pr. illic, *Repletionem autem. C. de inoff. test.* Ex substitutione, intellige fideicommissaria; veluti, si quid Titio legatum sit, & rogatus Titius id post aliquod tempus filio [37] restituere. Iure accrescendi in usufructu, quo etiam exemplo Iustinianus utitur, veluti, si pater filio & Titio legaverit fundi Tusculani usumfructum: deinde Titius quæsitum usumfructum amiserit: nam & constitutus & postea amissus ususfructus nihilominus ius accrescendi admittit. *L. 1. §. interdum, D. de usuf. acc.* Hæc, inquam, excepit Iustinianus, quia nec quod sibi legatum rogatur Titius restituere, id amplius est patris, sed solum Titii, etsi is fideicommisso obligatur; nec ususfructus amissus, unquam fuit patris. Quod si quid ex substitutione, aut iure accrescendi ita obveniat filio, ut sit ex iudicio & substantia patris, id ad exceptionem Iustiniani non pertinet. Finge filium ex una uncia institutum heredem, Titium ex duabus, & si Titius heres non esset, filium substitutum. Titio hereditatem omittente, sic duæ unciæ ex quibus institutus erat, iure substitutionis ad filium pertinebunt, ut accedant ex substantia patris; quippe quæ Titio nunquam quæsitæ semper in bonis defuncti [38] manserint. Unde & ex substitutione vulgari dicitur substitutus testatori ipsi heres esse, non heredi, cui substitutus est, *Inst. de pup. subst.* in pr. Quamobrem etiam ex definitione Iustiniani dicemus, quanvis ex substitutione obtigerint hæ unciæ, tamen quia pervenerunt ex substantia patris, eas non minus in quartam imputari. Idem dicemus de aliis omnibus [39] extra usumfructum, quæ obvenerunt iure accrescendi. Ut puta, filio & Ti-

usse instituto, alii usumfructum omnium bonorum relinqui posse. Nam immo nec usufructu portionis defraudare licet, *auth. noviss. Cod. hoc tit.* Nec dici potest, quod quanto plus in proprietatem relictum, id compensari debeat, cum eo, quod deest in usufructu. Nam etsi plus legitima relictum onus, ad usque eius quantitatem subducitur, ac tenet tantum in residuo *L.* 36. §. 1. *C. h. t.* Suarez. *in d. rep. ampl.* 6. Quare si uxori legatus ususfructus omnium bonorum, ex eo detrahitur triens, etsi, quod olim secus fuerit, argui putent, ea *L.* 37. *de usufr. leg.* quam correctam statuunt Cuiac. *in Nov.* 18. *pag.* 99. Sich. *ad d. Auth. noviss. n.* 25. Suarez. *d. loc. ampl.* 3 add. Gomez. 11. *Resol.* 11. *n.* 26. Ant. Quetta *Cons.* 49. Castillo *de Usufr. Cap.* 45. *n.* 11. *& seqq.* Moller. 3. *Semestr.* 11. Confer. Fr. Vivius *Libr.* 3. *Decis.* 420. Sed si conditio aliqua adposita non onerosa filio, sed in favorem eius, non detrahitur, ut *L.* 25. *Cod. hoc tit.* Quam non correctam statuunt. Vide Suarez. *d. loc. Limit.* 1. Hinc & prohibitionem testatoris, ne filius alienet bona, donec ad legitimam ætatem pervenerit, valere tradunt, etiam in legitima, post alios Barth. Romuleus *Tr. de Testator. præceptis bona alienari inhibentibus n.* 8. Quid igitur, si filius approbavit gravamen? siquidem post mortem, ita ei nocet, si specialiter arg. *L.* 35. §. 2. vers. *nisi hoc C. h. t.* Quod si in vita patris, non nocet, quia & hic rationibus *d. L.* 35. §. 1. locus est, de quo multis Suarez. *d. lo. ampliat.* 10. *n.* 27. *& seq.* Plane solo lapso temporis, gravamen approbatum non censetur (ut nec per approbationem testamenti, in quo onus adiectum, Fachin. 12. *Contr.* 6.) Nam cum ipso iure subducatur, nulla impugnatio necessaria. Proinde etsi relictum onere adiecto simpliciter acceptaverit filius: transmittit tamen ad suos liberum, sine onere, etsi in tota vita sua, etiam ultra triginta annos, nullum actum contrarium fecerit. Quamquam enim actio expletoria, triennali præscriptione tollatur, interest tamen, inter id quod deest expletioni legitimæ, & aliud onus conditionis, dilationis, vel restitutionis eidem adiectum. Illic etsi ipso iure non minus fiat repletio, in effectu tamen fieri nequit, nisi petatur. Ergo trienqio, eius petitioni præscribitur. Hic vero id non necesse est, quia sine petitione removeri potest, eo ipso quod effectus illi negatur. Veluti gravavit filium pater ne legitimam alienet, vel ut in illa frater succedat. Huic removendo oneri nullo facto opus. Quippe etsi per 30. vel plures annos non alienavit; non ideo prohibitioni acquievit, cum alienatio res sit meræ facultatis, & arbitrii. Etsi idem non declaravit se nolle, ut frater sibi ex dispositione patris succedat, non ideo in illis bonis frater, si qui propiores, potioresve isti heredes, quidquam sibi iure vendicat. In hanc sententiam, prolixo, ast impolito sermone, bellissime Suarez. *d. amp.* 10. *n.* 1. *& seqq.* ubi *n.* 10. contra statuit, si filii, vel nepotes testatoris per longum tempus possidentes servassent onus adpositum: unde tacitus consensus arguitur, ceu memorabili facti specie, quam subiicit *n.* 11. *& seqq.*

37) Non placet; Alias pene nulla fideicommissa imputarentur? Quin dilatio hic potius, & dies detrahitur, ut purum reddatur fideicommissum, per ea quæ *N. præced.* Et imo longe maior ratio, ut hæc imputentur, quam data conditionis implendæ caussa, ut *supra N.* 32. Aptius vulgo accipiunt substitutionem pupillarem; ubi pater filio vel nepoti impuberi fratrem, vel patruum (suum item filium) substituit. Hic quod ex substitutione acceperit de bonis pupilli, aliunde quam a patre communi profectis, non imputat, quia etsi ex testamento patris, non tamen ex substantia, Battand. *C.* 11. *n.* 28. Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 8. Potest & accipi de fideicommissaria ea, qua pater ab alio gravatus est, filio restituere, sive ab avo forte, sive ab extraneo facta sit, Chiflet. *Cap.* 14. *pag.* 818. Cucchus §. *Quæ imputentur. n.* 3. *& seq. pag.* 136. Nam in quibus bonis avitis fideicommissi ius prætendit filius, ea extra legitimæ portionem sunt: Per fideicommissum namque succeditur ei, qui relinquit, non qui gravatus restituit. Vera hæc. Sed prior acceptio verbo *substitutionis d. L.* 36. *pr.* convenientior, quia absolute posita, ubique directam significat.

38) Neque substitutus heres est prioris instituti, ut in pupillari, sed ipsius testatoris, Maret. *Tr. Quartar. C.* 16. *n.* 8. Bart. in *L.* 91. *L. ad Falc.* ref. Cuccho *pag.* 169. *n.* 1. ideo vulgarem imputari, quia detracta conditione, per *L.* 32. *C. h. t. ut supra N.* 36. pura fiat institutio. Quæ reprobat Cucch. *ibid.* & Battand. *d. C.* 11. *n.* 29. Volentes nec hanc imputari, quia etsi reduceretur ad institutionem, a testatore tamen, uti substitutio manarit.

39) Consentit & confirmat Maret. *Tr. Quart. C.* 16. *n.* 9. Diss. Battand. *d. C.* 11. *n.* 31. post Castr. quia ius accrescendi ex tacita substitutione. Nullam autem substitutionem imputari credit, ut *N.* 35. *pr.*

& Titio pater legavit fundum Tusculanum. Deficiente Titio, eius portio filio accrescet, ut iam totum fundum habeat filius, si suam partem agnoverit. Quid ergo inde in quartam imputabitur filio? Totus fundus, idest, & eius portio, & quæ iure accrescendi accessit. Nempe quia & hæc ex substantia patris, cum nunquam Titio quæsita fuerit, & non minus iudicio testatoris capitur; cum coniunctis solidum legari intelligatur ab initio, etsi concursu partes faciunt. *L. coniunctum*, 80. *D. de leg.* 3. Tunc ergo demum ex constitutione Iustiniani non imputantur in quartam ea quæ ex substitutione, aut iure accrescendi obvenerunt filio, cum eadem non ex ipsa substantia patris, sed alinnde ohvenerunt. Sed observemus etiam de his ipsis rebus ita esse constitutionem Iustiniani, ut quod vetat ex his repletionem quartæ fieri, & quod idem est, ista in quartam imputari, id nominatim tribuat filio adversus testamentum patris & aperte dicat id se sancire humanitatis gratia. Ex quo intelligere debebimus hoc ius proprium esse liberorum, & ad parentes aut fratres non esse transferendum, quoties de quarta eorum æstimanda agetur. Quid ergo in his fiet? Revocandi sunt nimirum ad ius commune, quo efficitur, omnia in quartam imputari, quæ iudicio testatoris capiuntur; omnia denique quæ aut iure hereditario, aut iure legati, vel fideicommissi obvenerunt voluntate testatoris. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.* *§. ult. Inst. eod.* Quo in munere constat esse, quæ ex substitutione, aut iure accrescendi capiuntur. Nam & directa substitutio, institutio est. *L. mulier*, *§. ult. D. de cond. inst.* & fideicommissaria, nihil nisi fideicommissum. *L. coheredi*, *§. cum filiæ*, *D. de vulg. & pup. subst.* & ius accrescendi in legatis, non nisi ius totius legati percipiendi. *d. §. si eadem*, *Inst. de leg.* Nec cæteris quidquam proderit superior constitutio Iustiniani. Nam cum hi pertinuerint antea ad ius commune, necesse est etiam nunc in his eodem nos iure uti, nisi specialiter ab eo iure recessum probetur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Id vero constat superiore constitutione factum non esse, quæ nominatim scripta est de filio, cui & consulere se dicit propria ratione, dum ait id se sancire humanitatis gratia. Sit ergo superior exceptio propria liberorum.

XXXVI. Est & in his in hoc genere altera. Nam ea ipsa quæ iudicio patris & ex ipsa eius substantia capiuntur, si capiantur solum iure legati, aut fideicommissi: effectum est constitutione Novella Iustiniani liberis ita demum in quartam imputari, si hi aut exheredati sint, aut quantacunque ex patre heredes instituti: quod si cum exheredati non essent, ne instituti quidem fuerint, non imputari: proinde quantacunque ea relicta fuerint, tamen rescindi testamentum, quasi nulla re relicta, quæ quartam aut quartæ partem efficiat. Hæc sine dubio sententia Iustiniani est in *Novell. ut cum de appellat. cognit. §. aliud quoque capitulum*. Vult enim liberos omnes institui aut exheredari. Quod si neutrum factum sit, nihil prodesse testatori, si liberis aliquid reliquerit titulo legati aut fideicommissi. Et ut quid hic sentiat, intelligamus, subiicit in *§. sive igitur*, si hæc ita facta non sint, constituere se, ut testamentum irritum fiat. Ergo plane hoc sentit, ista legati, aut fideicommissi titulo relicta in quartam non imputari. Nam si imputarentur, non esset ad testamentum rescindendum querelæ inofficiosi locus; sive quartam illam explerent, quia quarta integra querelam excludit; sive non explerent, quia tunc solum ad id quod deest supplendum ageretur. *L. omnimodo*, *C. de inoff. test.* de quo postea. Sed refragari huic sententiæ videtur altera eiusdem Iustiniani constitutio Novella *de trien. & semiss.* §. 1. ubi diserte cautum est, omnia liberis in quartam imputari, quæcunque ex substantia testatoris capiuntur, sive capiantur institutionis iure, sive legati, sive fideicommissi. Qua ex re factum est, ut superiore sententia admissa, plerique existimarint has constitutiones hactenus esse contrarias. Quod si quis putat, tamen is sic habeat, nihil istam constitutionem priori illi sententiæ obstare. Prior est enim hæc constitutio, *de triente & semisse*; posterior illa, *ut cum de appel. cognos.* Constat posteriores leges prioribus derogare. *L. ultim. D. de const.* pr. Sed hæc defensio non est necessaria. Nihil enim est, ut superiora verba sunt, inter istas constitutiones contrarii. Fatendum est liberis omnia imputari in quartam, tam quæ iure legati vel fideicommissi capiuntur, quam quæ iure institutionis. Hoc non negat Iustinianus in Novella posteriore, sed quomodo accipiendum sit, ostendit. Non enim illic exigit, ut liberi instituantur ex tota quarta: satis habet, si vel 40) minima ex parte instituantur: quod reli-

40) Expedite, Convenit Walth. 1. *Misc.* 9. etsi ad finem capitis valde nutet, ac hæsitet. Cucchus *§. quo titulo*

reliquum est, patitur id liberis legari, aut per fideicommissum relinqui. Quod cum ita sit, si quem filium institutum ex una uncia proponas, & eidem quædam legata, aut fideicommissi titulo relicta, recte dicetur etiam secundum posteriorem hanc constitutionem omnia hæc in quartam imputari. In quo apparet hoc ipsum dici, quod priore illa constitutum est.

XXXVII. Tertium genus rerum imputandarum est earum, quæ a testatore inter vivos donatæ sunt ei, qui potuit querelam inofficiosi movere: sed ita, si donatæ sint nominatim hac lege, [41] ut in quartam imputentur. *L. si quando*, *§. ult. C. de inoff. test. §. ult. Inst. eod. L. si non mortis*, *D. eod.* Cætera hac lege inter vivos non data non [42] imputantur. Tria excepta sunt Iustiniani constitutionibus; dos filiæ [43] constituta; donatio propter nuptias constituta filio; tum id lucrum quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis præterito vel exheredato quæsitæ ad istos pervenire potuit, quo tempore testator moritur. De prioribus duobus cautum est *L. quoniam Novella*, *C. de inoff. test.* De tertio est in *L. omnimodo*, *§. ult. C. de inoff. test. L. pen. vers. 2. C. de coll.* Militiam Iustinianus vocat verbo nostris usitato operam omnem publicam, quæ stipendiis publice constitutis exercetur: nunc officia vocant: ut

tulo &c. n. 3. *pag.* 233. ubi ex glossa refert posse institui in duobus nummis, & Sich. ad *L. 6. C. h. t. n.* 2. si vel in uno nummo institutus, excludi querelam, & Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 123. ac idem Sich. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 22. posse in aliqua parte institui. (Diss. Hot. *Disp. de Quarta legitima C.* 6. *n.* 34. & contra Tolosæ iudicatum refert, Maret. *Tr. Quartar. C.* 72. *n.* 6.) Sicuti hodie sæpe filiæ in dote instituuntur, quæ pluries non explet legitimam, & Vigil. in *§. non sen pr. I. de exhered. n.* 2. Atque hæc de institutionis titulo, crebrior opinio est, licet in eo, an veteri iure idem fuerit, an non (quod magis puto *L.* 8. *§.* 6. *L.* 25. *D. h. t. & simil.*) nonnihil certent. Adi præter relatos, Cuiac. in *L.* 18. *de lib. & posthum. & in Nov.* 18. *Pragm.* 103 Connan. 9. *Com.* 10. *n.* 2. Mynf. in *§. ult. I. h. t. n.* 3. Vult. *ibid. n.* 3. Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 2. Coras. ad *L. Filium* 24. *C. Fam. erc. tit. legitima n.* 82. *& seq.* Simon. de Prætis *Lib.* 3. *de Interpret. ult. volunt. Interpr.* 1. *dubitat.* 1. *solut.* 1. *n.* 4. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 106. *n.* 2. *& seq. & Lib.* 1. *de Success. creat. §.* 10. *n.* 189. *& seqq.* & suse *Lib.* 2. *§.* 20. *Requis.* 42. *&c.* Anton. Quetta *Cons.* 26. lo. Gutier. *de Iuram. confirm. P.* 2. *C.* 3. Barthol. Kellenbetz. *de Renunciat. success. Q.* 3. *n.* 24. *& seqq.* Tessaur. *Decis.* 58. Sixtin. *Cons. Marp.* 19. *n.* 21. *& seq. Vol.* 2. Balduin. ad *§. tam a. & seqq. I. h. t. n.* 23. Mar. Mantua in *Auth. noviss. C. h. t. pag.* 1086. Gilken. *in d. Auth.* n. 27. *& seqq.* Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 9. *P.* 3. Reiner. Bachov. *Disp. Mistell. C.* 16. Ratio quia titulus hic tum honorabilior, de quo *supra Lib.* 6. *Cap.* 19. *N.* 1. (cum & nota exheredationis, non temere inuri debeat, unde elogium in testamento scribi, & probari necesse est, Cuiac. *in d. L.* 18.) tum, ob ius accrescendi, fortior, atque utilior. Adversa tamen non paucorum opinio, vid. Vaud. 1. *Q.* 5. Forcat. *Dial.* 35. Battand. *Tr. Legitim. C.* 9. A. Fab. 15. *Err. Prag.* 6. ubi audacter nimis, contra ipsum Imperatorem pugnat *&* 35. *Err. prag.* 3. Goth. Anton. *Disp. de Legitima Th.* 2. *lit. C.* Quorum rationes expendere institutum non fert. Errorem vero conspicuum errat Treutl. *Vol.* 1. *Disp.* 13. *Th.* 12. *lit. A.* dum has opiniones ita conciliat, quod posterior obtineat, quando caussa exheredationis adiecta, atque ab herede probata: Tum satis esse, si legitima quoquo titulo habeatur. Incommodissime, quia hoc casu ratum testamentum, etsi nihil quidquam, ullo titulo relictum. Frustra vero quæritur, quo titulo relinqui debeat, eo casu, quo nulla relinquendi necessitas. Sed nec conciliatio Wesenbecii *ad Rub. Cod. h. t. n.* 82. *& ad Aut. noviss. n.* 62. admitti potest quemvis titulum satis esse ad excludendam querelam. Institutionem vero requiri, ad sustinendum testamentum: Testamentum enim nullum, non ex cuiusvis filii, sed tantum sui heredis, præteritione, ut *supra Lib.* 6. *Cap.* 13. Num vero idem titulus requiretur in parentibus? Et hoc communius est, licet pluscuis tentantur. Sich. *ad d. Auth. noviss. n.* 12. *& seqq.* Rubeus *ad L.* 14. *h. t. C.* 2. *n.* 28. Tessaur. *d. Decis.* 58. Valasc. *Tomo* 1. *Cons.* 61. *P.* 3. Cucchus *§. quo titulo parentibus &c. pag.* 310. Harn. Hartmanni *tit.* 46. *Obs.* 6. Fachinæ. 4. *Contr.* 30. Quetta *Cons.* 23. *n.* 6. Quos sequutus est D. Augustus Sax. Elector. *Nov. sua* 9. *P.* 3. eandemque solemnitatem necessariam esse vult Gilken *in d. Auth. n.* 37. etsi statuta aucta, vel mutata sit hæc portio. Quid si verbo communi testator usus, dicens se *relinquere*, non adiecto quo titulo? vid. Gilken. *d. lo. n.* 39. *& seq.* Mantua *d. lo. pag.* 1121. Apud nos decisa quæstio est secundum testamentum *d. Nov. Sax.* 9. *P.* 3. Tradit exceptionem, Sich. *d. lo. n.* 18. Si testatus ad pias caussas, alio titulo, hanc reliquit & *n.* 19. *& seq.* Si clausula codicillaris adiecta, vel illa, ut valeat omni meliore modo; & Cucch. *§. data inter vivos pag.* 205. unde Quæstio quid in testamento inter liberos. vid. not. *infra C.* 8. *N.* 3.

41) Hinc tradunt, posse patrem, si velit, filio in vita sua legitimam assignare. Quo casu, itemque quando cogitur, ex delicto forte filii vigore statuti legitimam solvere (vid. *supra N.* 25.) spectari tempus, quo præstatur, vult Wes. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 32. & Mod. Pist. *Cons.* 2. *n.* 23. *Vol.* 2. Ut nec auctæ postea facultates patris ei prosint, nec diminutæ noceant. Quod P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 4. ita statuit, si renunciatio iurata accessit. Et Cucchus *§. Legitima an augeatur n.* 4. non negari ei suppletionem, etsi pro modo facultatum, quæ tunc fuerunt, integra persoluta sit, filiusque reliquæ successioni renunciavit, nisi iusiurandum accesserit, & nisi ex causa delicti soluta sit, add. Battand. *C.* 8. n. 22. M. Mantua *in Auth. noviss. pag.* 1103. *& seqq.* Covar. *in C. quamvis de pact. in* 6. *P.* 3. *relict. §* 1. *n.* 3. A. Fab. 12. *Err. Prag.* 2. Quid si hanc legitimam filius perdidit? Diss. Cucchus *§. potest praterea p.* 414. *& seqq* culpane sua prodegerit, an casu fortunæ adverso amiserit, add. Battand. *d. C.* 8. *n.* 20. Ant. Quetta *Cons.* 90 *n.* 6. Fr Munnoz. *Variar. computat. C.* 18. *n.* 8. Etsi vero filio, pater vivus, legitimam præstitit, præteritione tamen omnimoda eiusdem testamentum non minus vitiari verius est, cum institutio omnino requiratur, ut *N. praced.* & ita post Molinæ. Mynf. 6. *Obs* 62.

42) Vid. Chiflet. *de Port. legit C.* 14. *p.* 1124. *& seqq.* qui recte, contra Bartolum semper esse simplicem ad hoc, ne imputetur, nisi legitimæ contemplatione celebrata doceatur, Battand. *C.* 12. Cucchus *§. Data inter vivos pag.* 176. *& seqq.* Imputari tamen volunt, quæ filiofamilias facta est, quia morte confirmata, vim relicti habeat, Covar. *in C.* Raynald. 18. *§.* 2. *extr. de testam. n.* 13. Chiflet. *d. loc. pag.* 828. Cucch. *d. §. n.* 3. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. t. in declar. legis Regni Q.* 5. *n.* 5. Contra tamen Coras. *ad L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 107. *& seqq.* Et recte, tum quia donatio simplex indistincte non confertur, tum quia mens ea donantis, ut filius præcipuum haberet. Quocirca, quod vim relicti habet filiofamilias facta, actus validitatem, & confirmationem, non imputationis effectum, concernit.

43) Sive pater, sive mater dotem dederit. Æquum enim, ut, quæ vicem legitimæ interim tenet, in eam imputetur, Chiflet. *Cap.* 14. *pag.* 819. *& seq.* Idem in paraphernis statuens, si ex substantia paterna, vel materna, quia dotis accessoria. Idemque in vestibus pretiosis, & ornamentis arg. *L.* 25. *de pecul. L.* 8. *§.* 2. *de pact. dotal.* Battand. *C.* 11. *n.* 7. Coler. *Decis.* 62. *n.* 34. *& n.* 45. vid. Gutierr. *Lib.* 2. *Pract. Q.* 19. *& seq.* Diss Coras *ad L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 117. Aliud vero in impensis in festivitatem nuptialem, Valasc. *de Collat. C.* 13. *n.* 55. Coler *Decis.* 62. *n.* 21. Gomez. *in L. Tauri*, 29. *n.* 15. Nepotem item ex filia mortua, dotem maternam imputare volunt *L.* 19. *C. de collat.* Itemque dotem ab avo datam, si de patris legitima agatur, quia nepti propter filium data videatur. Vid Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 18. P. Heig.

ut quæstorum, tabellionum, cursorum [44] & similium.

XXXVIII. Cum constabit, quantum quartæ nomine habere debeat is, qui de inofficioso queritur, & quibus in rebus, sive totum id ei datum est, sive inde omnino nihil, propemodum expeditum est, quid hic de inofficiosi querela, tum de quarta sequi debeamus. Nam si tota quarta recte relicta est, constat hac querelam excludi. *L. Papinianus*, *§. quoniam*, *D. de inoffic. testam.* Idque certo, si quarta ipsa

Heig. *P.* 1. *Q.* 24. post Alciat. *Reg.* 1. *Præsumpt.* 17. & Tessaur. *Decis.* 228. Quin Cucch. §. *Utrum data n.* 20. etiam ab extraneo datam, contemplatione patris imputari, ut hoc casu vincetur regula; Quod, quæ non ex substantia patris, non imputentur. Quem de hac imputatione consule, & Battand. *C.* 11. *n.* 6. *& seqq.* & Heig. *P.* 1. *Q.* 24. Et quod in eo non attendatur tempus donationis, in taxanda quantitate legitimæ, sed mortis, Barthol. Bettazol. *Lib.* 1. *Decis. Civil. Cons.* 7. Idem ius, in dote data monasterio, pro filia profitente religionem, quæ spiritualiter nubere dicitur Valasc. *d. C.* 13. *n.* 31. *& seqq.* Obiic. Dos debetur filiæ, ex necessitate. Debita non imputantur legitimæ, sed subducuntur. resp. Retorqueo. In necessitatibus nemo liberalis *L.* 18. *de adim. leg.* Ergo dotem assignans sub conditione, vel modo, dedisse videtur; non ut præcipuam haberet, filia. Deinde necessitas ea legibus patri iniungitur, ut dotet, non ut præcipuam haberi patiatur. Solum enim hoc legislator respicit, ut habeat dotem. Obiic. Dos habet rationem alimentorum *L.* 74. §. *ult. de cond. & dem.* Hæc vero non conferuntur, minusque in quartam veniunt. Resp. Dispar hic ratio. Præstatur sane ratione alimentorum, ut maritus onera matrimonii, inter quæ & uxoris alendæ necessitas, facilius ferat. Sed interest, dietim alimenta, menstruatim, aut annuatim præstentur, ubi consumpta non sunt amplius. An vero certa aliqua summa detur, ratione alimentorum; Ubi de redditibus illius exhibitio haberi potest, ipsa sorte integra. Plane aliquando dotem non fuisse imputatam arguunt *L.* 1. *&* 3. *C. Gregor. h. t.*

44) Militiæ significantur ex casu, de quibus Ræv. 3. *Conject.* 3. Cuiac. *ad L.* 3. §. 7. *de minor.* Connan. 4. *Comm.* 15. Charond. 1. *Verisim.* 14. Læl. Taurel. *de Militiis ex casu* ad Ant. August. Munia imaginaria, unde certi redditus & pensitationes annuæ percipiebantur, quæ vendi & æstimari poterant *d. L.* 30. §. 2. & *L.* 11. *D. de re milit.* vid. *L.* 13. §. 16. *de leg.* 3. *L.* 5. *cir. fin. C. Qui mil. poss. Lib.* 12. *Nov.* 53. *C.* 5. *Nov.* 97. *C.* 3. & 4. Quanquam, sicubi officia venalia, uti in Gallia fere quævis, si filiis ea parentes compararint, pretia illorum imputari rationis videtur. Confer. Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima*, *Resol.* 5. *n.* 18. Io. Garsia. Gallecus *de Expens.* *C.* 4. *n.* 14. & vid. Maret. *Tr. Quartar.* *C.* 16. *n.* 4. *pag.* 152. Ant. de Gamma *Decis.* 114. Sicuti & si pater pro filio expenderit, ut ad Canonicatum admittatur. Quomodo Valasc. *Praxi collat.* *C.* 13. *n.* 75. impensas in expediendis bullis pro filiis, ad consecutionem beneficii Ecclesiastici conferendas prodidit, nec alienus videtur Covar. *in C. Raynald.* 18. §. 2. *de testam.* *n.* 15. Quod non admittit Cucchus §. *data inter vivos n.* 36. quia hoc, ne vendi, nec transmitti potest, & Gutierr. *Libr.* 2. *Pract. Quæst* 65. ac Gomez. ad *L. Tauri* 29. *n.* 18. Chiflet. *C.* 14 *pag.* 831. quis eiusmodi erogationes in peculium quasi Castrense transeant. Certum autem est, occasione veræ militiæ, armatæ, vel togatæ quæsita, uti Castrensia vel quasi sicuti collatione immunia sunt: *L.* 1. §. 15. *D. L. ul. C. de coll.* ita multo magis ab hac imputatione, per regulam *L. pen. pr. C. d. t.* add. Ant. de Gamma *Decis.* 140. Quocirca quod dignitatis eius, quæ nec pretio æstimanda, nec in alium transferri, heredemve transmitti, potest, nomine, pro filio pater impendit, ut pro gradu Doctoræ, vel Licentiæ non imputatur, per *L.* 1. §. 16. *de collat.* vid. Chiflet. *d. C.* 14. *pag.* 831. Battand. *C.* 11. *n.* 34. *& C. n.* 12. 14. Colet. *Decis.* 62. *n.* 25. Pet. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 45. Cuiac. 3. *Observ.* 30. *in fin.* Ubi non tempero mihi, quin brevi excursione hic notem, nec novum esse, aut exemplis veterum carere, ut qui Doctoræ titulis insigniuntur, collatores suos, & doctrinæ exploratores modico quodam (tum in pecunia, tum in panno holoserico aliisve munusculis) honoris gratia dato, remunerentur. Quippe hic vetustus mos omnium pene promotionum: Ut, qui vel magistratum, Cic. *pro Cn. Plancio* vel Senatorium munus *L.* 42. *de don. int. vir.* *Nov.* 62. §. *ult.* vel sacerdotium, aut præsulatum, Sueton. *in Claudio* *C.* 9. *Apulei. Lib.* 11. *Nov.* 56. *& N.* 123. *C.* 3. vel equestrem ordinem *d. L.* 42. novamve militiam *L. pen.* §. *pen. & ult. de L.* 1. aut quamcunque dignitatem *L.* 40. *de don. int. vir.* peterent ac inirent, aut βουλευτὰς & decuriones legerentur, Plin. *Lib.* 10. *Epist. ad Traian.* 113. *L.* 6. §. *de decurion.* Qui denique novi, in ordinem venirent, aut in collegii, sodalitiive societatem referrentur *L.* 7. *L.* 11. *C. de prox. sacr. scrin. Lib.* 12. *tit.* 19. modicum aliquid pro introitu (loquutio est Plinii & Suetonii *dd. locis* ac Scævolæ *d. L. pen.* §. *pen. de. L.* 1.) collegis, tribulibus, suffragatoribusve suis, a quibus cooptabantur, erogarent. Quæ sportulæ vocatæ Apulei. *Lib.* 7. *d. L.* 6. §. 1. *de decurion.* *L.* 5. §. *pen. de don. int. vir.* *d. Nov.* 62. §. *ult.* Alciat. in *L.* 234. §. *decuriones* 5. *de V. S.* Et quæ Episcopi præstabant inthronistica, vel, ut Scrimger. editio habet enthroniastica, ab ἐνθρονίζειν quod est *sedem ponere* quæ inferiores clerici ἐμφανιστικά insinuativa *d. Nov.* 56. Honoraria decurionatus vocat Plin. *d. loc.* Quia honoris gratia præstantur, non ad mercedis satisfactionem, nec qui accipiunt, mercenariam ideo operam præstitisse censentur, per *L.* 1. *Si men. fal. mod.* Quæ fusius, ac studiosius quam quisquam, scite que, more suo, exsequitur, Ianus Langlæ. 6. *Semestr.* 2. Atque huc omnino respiciunt *d. L.* 40. *&* 2. *seqq. de don. int. vir.* quas recte exponunt Connan. 8. *Comm.* 11. *n.* 5 & Langlæ. *d. C.* 2. *p.* 275. licet aliter Scip. Gentil. 2. *de Donat. int. vir.* 4. Ac, vel inde firmum argumentum, ad propositum nostrum ducitur: Quia ex eo, quod adipiscendæ dignitatis gratia collatum est, & non collocupletatur is, qui accepit. (alias nempe donatio coniugalis rata non foret) a collatione & imputatione hac immune sit oportet. Eadem ratione, nec alii studiorum sumptus, sive a patre, sive a matre subministrati, Toming. *Dec.* 32. Hartman. *Pract. Lib.* 1. *Q.* 19. *n.* 2. Gomez. in *L. Taur.* 29. *n.* 16. nisi credendi animo erogatos, aperte (neque enim ex eo, quod alia bona filii penes se habuit pater, hic animus præsumitur, post alios Petrus Barbosa ad *L.* 1. *Sol. matrim.* *P.* 7. *n.* 28. etsi contra Coras. ad *L.* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 11.) constet *L.* 50. *Fam. erc.* (quæ de emancipato loquitur, quia de eo maius dubium, ut pleri que post alios, Petr. Barbosa *d. P.* 7. *n.* 31. *& n.* 35.) Idemque de libris dicendum, filii nomine comparatis, argum. *L.* 18. *C. Fam. erc.* vel studiorum, filii caussa, etsi nec dum traditi, ut vult Chiflet. contra Menoch. & ab eo citatos 3. *Præsumpt.* 30. *n.* 22. *& seq.* Maxime si pater is sit, cuius usui non inserviunt, ut si mercator, vel rusticus, litterarum rudis: nisi magna inde inter fratres inæqualitas oriatur, quod iudex pro religione sua æstimabit, Menoch. *Arb. Ca.* 131. Nec distinguitur cum quibusdam, num filius, vivo patre, studia compleverit: Menoch. *Arb. C.* 131. *n.* 3. Trentacinq. varios casus distinguens *Lib.* 1. *Pract Resol. Tit. de Legitima Resol.* 5. *n.* 19. quia, uti data eunti ad militiam, Castrensia sunt. *L.* 4. *C. Fam. erc.* ita &c. add. pulcre Io. Garsia Gallecus *de Expens.* *C.* 4. *n.* 6. *& seq* Et posito, quod non sint, quasi Castrensia, ceu vult Petr. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matr.* *P.* 7. *n.* 39. alia tamen ratio subest, præsumptæ voluntatis paternæ, qui cum sciret æque necessarios esse, uti sumptus alios, ex pietate donasse creditur, vid. P. Greg. Chiflet. Battand. *dd. locis*. Barbosa *d. P.* 7. *n.* 36. *& seqq.* Toming. *Decis.* 32. Sneidvin. *in* §. 20. *I. de act.* *n.* 42. *& seqq.* Valasc. *Praxi. collat.* *C.* 13. *n.* 69. *& seqq.* Horat. Lucius *Privileg. scholar.* 27. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 5. Gomez. *in L. Tauri* 29. *n.* 1. *ibique in Addit.* Didac. Gomez. Unde & debita, ex caussa studiorum contracta, vivo patre, ex communi hereditate solvenda arg. *L.* 20. §. 6. *&* 7. *Fam. erc.* Petr. Barbosa *ad L.* 7. *sol. matr.* *P.* 7. *n.* 27. Ac recte P. Greg. *d. lo.* *n.* 46. si non in ipsa donatione, (seu dum tradit libros, dum sumptus facit) testetur pater, quod in rationem portionis computari velit, nihil eum agere si postea moriens forte, id caveat, quia perfecta semel donatio, postea modum, vel conditionem non admittit *L. pen. C. de don. quæ sub. mo.* & Gomez. *ad L. Tauri* 29. *n.* 16. *in fin.* Plane, ubi certa de imputando, vel conferendo, voluntas patris, hac lege dicta, non ipsi libri conferendi, sed æstimatio fiet, Alin. *de Expens.* §. 7. *C.* 151. quanti sunt libri tempore mortis, non

ipsa iam accepta est: sin solum relicta, hoc tantum relinquitur, ut petatur. In qua petitione sciendum est hoc novi iuris constitutum esse a Iustiniano, ut si heres eo nomine conventus: quod quartæ nomine relictum erat, non solverit, sed maluerit de eo litigare, præter id quod petitur, etiam eius tertiam partem præstare cogatur sententia iudicis: cautum *L. si quis suo*, in pr. *C. eod.* Si nihil relictum est aut donatum earum rerum, quæ in quartam imputantur: non minus & hoc certum ius est, locum fieri inofficiosi querelæ. *§. ultim. §. sed hæc ita, Inst. eod.*

XXXIX. Quod si neque tota quarta relicta donatave erit, neque rursum nihil; sed aliquid quod ut quartam non explet, ita possit ex parte in quartam imputari: supererit illa quæstio, quam in hoc iure quartæ habendæ quarto & postremo loco induci diximus, quo iure id relictum donatumve haberi oporteat; utrumne ita, ut quia tota quarta non est expleta a defuncto, ut testamentum obnoxium sit querelæ: an vero eo quod deest, suppleto ab herede, testamentum conservetur, & quæ sit necessitas eius supplendi. Et ius olim ita fuit, ut totam quartam voluntate defuncti habere deberet is, quem querela inofficiosi exclusum vellemus. *§. ult. Inst. de inoff. test.* Iustinianus hoc ius emendaturus invenit viam, qua & prospiceret testamento, & simul iis qui de inofficioso queri poterant, caveret, quod satis esset ad quartam obtinendam. Atque ita constituit. Nam dum ei qui de inofficioso queri poterat, aliquid relictum esset a testatore vel in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, voluit id satis esse ad testamentum confirmandum & querelam excludendam. Et tamen ne exclusus queri posset sibi iniuriam fieri tanquam adempta portione legitima, quam leges veteres liberorum, parentum, fratrum, propriam esse voluerunt, iubet id quod deest, usque ad legitimam portionem suppleri, quanvis in testamento nihil adiectum sit de portione [45] implenda, facitque excluso potestatem idipsum sine ullo one-

non quanti empti sunt. P. Greg. *d. L. n.* 46. Horat. Lucius *Privil. schol.* 30. Gomez. *ad L. Tauri.* 29. *n.* 17. Sicuti & hoc casu sumptus, quos domi pro facultatibus, & dignitate familiæ, impensurus in filium pater, detrahendi, Valas. *d. C.* 13. n. 165. Io. Garsia Gallecus *de Expensis C.* 4. *n.* 5. etsi expresse aliud voluerit, ut Gomez. *in L. Tauri* 29. *n.* 16. vers *secunda limita*, quia in iis, præcise est debitor a lege, & alias esset facturus, qui & pluribus hoc firmat. In qua computatione venient cibaria, vestes, habitatio, medicinæ, & alia, Mantua *Singul.* 551. & Didac. Gomez. *Addit. ad d. Comm.* Ant. Gomez. avi sui *n.* 16. Obiic. Capsa studiorum, & dotis comparantur. Ergo uti dos imputatur & confertur, ita & hæ impensæ: ita sane arguit & putat Abel. Strasburg. *Cons.* 3. *n.* 46. Sed prætcrquam, quod studiorum causa dote potior censeatur, a Rebusso *Privil. scholar.* 82. Resp. potest, quod hic dispar ratio, indeque diversus favor. Dotis in eo multa privilegia, ut salva servetur filiæ, non ut præcipua habeatur, ne dum ut inæqualitas introducatur, si collationi eximeretur; & absurditas, si filiæ in alienam familiam transeuntes, plus filiis consequi deberent. Reip. utilitas exigit, ut dotentur fœminæ, dotatæque maneant. Hic manent, nec per hanc caussam dos, si legitima maior, filiæ aufertur: sed tanto minus, ex reliquis nanciscitur, quantum nomine dotis, ipsi, quasi prærogatum. At Reipublicæ utilitas exigit, tantum expendi sumptus studiorum, sed eosdem nec imputari, nec collationi subiici, quia alias pauciores studiis invigilarent. Laudandus pater, qui pietate ductus, ut publicum commodum promoveat, sumptus hos imputari non vult, etsi de cætero, liberorum par conditio sit. Nam iniuria, ac inæqualitas, si quæ hic oriri videtur, insuper habenda, boni publici ratione, cuius caussa, semper privato commodo debet esse potior, & antiquior. Quæ & ipsa facit, ut certis casibus, pater ad eos sumptus compelli possit, de quo fuse & accurate Horat. Lucius *Privil. scholar.* 16. add. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad* A. Fab. *Tract.* 23. *Q.* 2. *&* 3. Iac. Middendorp. *Lib.* 2. *Off. Scholast. C.* 1. *& in QQ. Theolog. & Polit. Regum ac Principum &c. Q. Ptolomei* 41. *p.* 267. *& p.* 280. Petr. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matrim. Parte* 7. *n.* 26. *& seq.* Nec inæqualitas hæc, si Geometricam hic analogiam spectamus. Qui plus potest aliquando Reipublicæ prodesse, inque id intentus est, maiori favore prosequendus. Sibi enim imputent cæteri. Quibus si sors eadem ingenii a natura negata est, æquanimiter ferant, nec potiorem fratri sortem, invideant. Non ita probandus pater, qui si (ut verba hæc a Valerio *Lib.* 7. *C.* 8. mutuem) plures habeat simillimæ probitatis liberos, animi sui inclinatione potius provectus, quam ullis aliorum iniuriis, aut huius officiis, commotus, dotem filiæ immodicam constituit, utque præcipuam habeat, cavit. Nam si caussa dotis favore digna, ea cæteris liberis communis est. Quando omnibus, ex æquo debetur dos filiabus. Itemque donatio propter nuptias filiis, (cuius eadem præstandæ necessitas *L. ult. tit. med. C. de dot. promiss.*) Iam si eximatur oneri collationis, dos uni præstita, cedet ea res in fraudem dotis alteri præstandæ, quæ vel nulla ea ratione, vel minor reddetur. Atqui interest Reipublicæ magis, ut dotem consequantur qui adhuc innubi, ut conditionem commodius quærere, & invenire possint, quam qui nupti, ubi finis illius favoris iam obtentus. Quin imo, si ad liquidum rem exigimus, nec multum diversa hic dotis, & studiorum caussa. Uti enim dos non confertur, nisi extet & salva sit filiæ, vel dolo eius, culpave factum ne sit *Nov.* 97. *C.* 6. Anton. Quetta *Cons.* 90. *n.* 5. *&* 6. ita, quam pecuniam, pater filio tribuit, in studiis versanti, illa iam consumpta est, nec quidquam inde ad filium, quod permaneat, redut. Nec cepisse videtur vere, cuius retinendi nulla spes. Quod si perdite prodegerit, inque pravos usus insumpserit, collationem tunc, & imputationem admitto arg. *L.* 1. *§.* 23. *L.* 2. *§.* 2. *de collat.* cum Corras. *ad L. filium* 24. *C. Fam. erc. tit. Legitima n.* 111. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 19. n. 7. Sneiduin. *in §.* 20. *I. de Act. n.* 44. Io. Garsia Galleco *de Expensis C.* 4. n. 3. Petr. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matrim. P.* 7. *n.* 64. reprobata opinione Antonii Fabri 41. *Err. Prag.* 7. nec si credendi animo filiofamilias pater dederit imputari censentis, sive bene, sive male consumpserit. Nam nec privilegia, caussa studiorum, concessa plane inertibus, & socordibus, nec nisi nudum nomen sibi vindicantibus prosunt. Cum generale sit, ut privilegio alicui negotio, aut muneri indulto non fruatur, nisi qui & quandiu se in eo exercet *L.* 5. *§.* 3. *& §. pen. de iure immunit. L.* 6. *§.* 14. *de excusat.* non qui sub nudæ appellationis velamine, ut loquitur *L.* 9. *C. de sacros. Eccles.* Tiraq. *Tr. Cess. caussa n.* 213. *&* 2. *seqq.* Everhard. *in loco ab Etymol. n.* 14. Rebuff. *Privil. Schol.* 165. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 542. Barbosa *d. loc. n.* 62. *& seq.* Ever. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 1. *Q.* 15.

45) Quæ an & olim fuerit, vid. *supra h. C. N.* 10. Atque hæc actio expletoria principaliter inducta, ad tuenda & sustinenda extrema elogia, ut Imperator innuit *d. L.* 30. *pr.* Ut defuncti famæ, & existimationi parceretur. Utque impudentiæ filiorum occurreretur, ob minimum quid, quod deesset, iudicia parentum, evertere nitentium. Qui sæpe, errore lapsi in facultatibus suis æstimandis, paullo minus reliquisse, videri possunt. Molinæ. *de inoff. donat.*

onere & mora exigendi: si modo non ingrati arguantur iustis de caussis, cum eos testator adversus se ingratos esse testamento questus esset: hoc in *L. omnimodo, C. eod.* Sed hæc, inquam, ita, si quam mentionem exclusorum testator fecerit, & his aliquam quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso reliquerit. Quod si his præteritis, vel exheredatis, nihil his reliquerit, valent vetera iura, idest, querelam inofficiosi locum habere. *d. L. omnimodo, §. 1. & seq. C. de inoff. test. §. sed hæc ita, Inst. eod.* Ut appareat, huic suppletioni locum non esse, & si quid præterito donatum sit inter vivos ita, ut haberet in quartam, & qui accepit mortuo testatore donatum retinere nolit: aut quod relictum sit conditionis implendæ caussa, & præteritus mortuo testatore nolit id oblatum accipere.

XL. Quid tamen si quid donatum sit inter vivos ei, qui de inofficioso queri poterat, ea lege non solum ut id in quartam haberet, sed etiam ut querelæ inofficiosi renuntiaret? Dicemus parentibus & fratribus, quibus quid ita datum erit, eam pactionem quandoque nocituram ex edicto de pactis, *arg. in L. 1. C. de pact. L. pactum, D. eod.* filio nocere non placuit non sine ratione, quod diceret Papinianus in hac ipsa specie liberos in istis ad paterna obsequia provocandos esse, non pactionibus adstringendos. Hoc Iustinianus de sententia Papiniani in *L. si quando, §. 1. C. de inoff. test.* Qua ratione occurrunt ei obiectioni, quæ moveri poterat ex edicto de pactis. Significant igitur id edictum non obstare: quia etsi eo edicto iubentur pacta servari: tamen una exceptio est melior cæteris, nisi sint contra bonos mores. *L. 6. C. de pact.* Huius autem generis esse hoc pactum innuunt superiore ratione. Sane si quod ita donatum est, aut relictum implendæ conditionis caussa, exheredatus mortuo testatore agnoscat, illud retinendo, hoc oblatum accipiendo, incipient quidem illa in quartam imputari; sed ita, ut hac agnitione non impediatur qui agnovit, quominus de supplendo eo quod deest, recte agat, nisi nominatim caveat nullam sibi superesse de repletione quæstionem: [46] hoc in *d. L. si quando, §. ul. C. de inof. test.* Quarta suppleta vel agnita, si quid ex ea auctum erit, constituit Iustinianus aliam rem vel pecunias re-

nat. n. 6. Cucch. *§. alt. n. 6. pag.* 421. A. Fab. 14. *Err. Prag.* 8. Quibus consequens hallucinari Bartolus & qui eum sequuntur Guido Papæ Q. 82. Cuiac. *Cons.* 60. dum actionem hanc, quia successerit in locum querelæ, eiusdem tempore, quinquennio, concludi autumant. Quos merito notant, & ab iis recedunt Hot. 5. *Obs.* 22. Balduin. *ad §. tam a. cum seq. I h. t. n.* 13. Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 16. *sub fin.* Gomez. 1. *Var. Resolut.* 11. *n.* 23. Wes. *in Auth. noviss C. h. t. n.* 8. Myns. 2. *Obs.* 72. Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 7. *& seq.* Ant. Fab. *d. Err.* 8. Busius ad *L.* 8. *§. 6. h. t.* Fachin. alus citatis 12. *Contr.* 9. Decian. *Vol.* 1. *Resp* 54 *n.* 38. Barthol. Kellenbentz. *de Renunciat. Success.* Q. 25. *n.* 9. Cucchus §. *Legitima nullum gravamen n.* 94. *pag.* 403. Petr. Greg. *Synt* 4. *n.* 17. Longe etenim alia natura querelæ, nihilque ferme commune illi, cum hac actione, quæ & aliunde oritur, & alio tendit. Et ut suffectam illi quis largiretur, naturam tamen eius non imitatur, sed contrarium effectum habet: Illa verecundiam testatoris lædit, dementiæ arguens; hæc pudori parcit: illa convellit testamentum, hæc confirmat, proinde favorabilior. Illa exheredato datur, hæc instituto. Quare & huic, more aliarum actionum non nisi tricennio, præscribitur. Nec firma illa consecutio: successit in locum &c. Actio de dolo olim annalis, hodie biennalis. Suffecta tamen eidem in factum actio perpetua, *L.* 28. *de dolo*. Quare nec tuta est media Angeli opinio in *L.* 8. *§. 10. h. t.* putantis, si filius per quinquennium hac non egit, non quidem sibi præiudicasse, si diutius vivat, sed si moriatur, heredem eius arceri. Quam per novitores, reprobari, testis est Roderic. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. amplias.* 10. *n.* 6. *per. L. un. Cod. ut act. ab her. & contr.* Nec alia Maret Mantuæ *in Auth. noviss. Cod. h. t. sub fin.* Bartoli opinionem tunc admittentis, cum filius in re certa institutus, coherede universali adiuncto. Quænam vero hic actio? Ex testamento, ut vult A. Fab. *d. Err.* 8 quia etsi detur ad plus, quam testamento relictum, id tamen omne, ex tacito iudicio, pro eo habetur, ac si testamento datum esset. Facit *L. 3. C. h. t.* quia plus dictum, minus scriptum videtur, Cucchus *in pr. n.* 8. quodque deest, ipso iure accrescit, Vasquez 3. *Ill. Contr.* 106. *n.* 41. vel inquit Faber, condictio ex lege quasi ex testamento. Et Wes. *d. n.* 83. triplici hic actioni ex testamento locum dat, personali, reali & hypothecariæ, ac Molinæ. *d. Tr. n.* 9. qui præterea concedit iudicium Familiæ erciscundæ. per *L. 2. §. Fam. erc.* & petitionem hereditatis (quam tamen hic, non admittit, Curt Sen. *Cons.* 13. *n.* 11.) de quo, & contra quos hæc competat, quando contra legatarios, (seu quando legata, per legitimam minuantur,) quando contra tertium possessorem &c. adi Hot. 5. *Obs.* 22. *& Disp de Quarta legitimaria Cap.* 7. *& seq.* Coras. *ad L. filium* 24. *Cod. Famil. erc. tit. Legitima n* 138. *& seq.* Chiflet. *Cap.* 15. *pag.* 839. *& seq.* Battand. C. 16. *& uit.* Cucch. § *Legitima est quota bonorum n.* 11. *p.* 61 *& n.* 17. *& seq.* item §. *utrum contra legatarios p.* 112. *& seqq & §. Quærendum p.* 411 *& seqq.* Et quod eadem petitio parentibus idem §. *ultim. n.* 7. *&* 8. Quid si pater filium iussit contentum esse rebus assignatis, & vetuit plus petere? Tunc quoque huic expletoriæ actioni locus, non vero querelæ, aut rescissioni testamenti. *Nov.* 115. *Cap.* 3. *pr.* Tametsi, Bartolus contra consuluit, teste Cuccho §. *Quam etiam n* 2. *pag* 418 Quod & A. Fab. *d. Err.* 8 probat, Imperatorem ipsum oppugnando, quia indignus sit cui subvenias, qui ultro periclitari voluit, & in leges, naturamque ipsam offendere. Quodque absonum sit aliquid, contra enixam testatoris voluntatem, deberi ex testamento. Sed mittamus hæc. Ex quibus vero rebus decerpatur, & de quibus persolvi debeat legitima, ne hic nimis prolixus sim, remitto ad Battand. *Cap.* 6. *&* 7. Chiflet. *Cap.* 12. Wes. *in Auth noviss. Cod hoc tit. n.* 42. *& seq.* Maret. *Tr. Quartar Cap.* 15. Valasc. *Prax. partit. & collat. Cap.* 18. Anton Quetta *Cons.* 19. *& Cons.* 90 Menoch. *Arb. Cap.* 163. Fachin. 4. *Contr.* 23. suse Cucchus §. *Quibus in rebus pag.* 77. *& seqq.* Roder. Sauez. *in Repet. L.* 32. *Cod. hoc tit. amplias.* 11. Statuunt vero quod in pecunia non relinquenda sit, ac si in ea relicta, id ceu gravamen subduci. Quod ex *L.* 36. *in fin. pr.* verbis: *ex substantia*, absurde probari contendit Hotom 4. *Observ.* 19. quia substantia ibi non opponitur pecuniæ, & nominibus: sed substantiæ filii, sive adventitiis lucris &c. add. Coras. *ad L. filium* 24. *Cod. Famil. erc. tit. Legitima n.* 87. *& seq.*

46) De renunciatione legitimæ, sive vivo patre; sive eius, quæ iam comperit, remissione, ne nimis hic immorer, consule Chiflet. *Cap.* 16. *pag.* 45. *& seqq.* Anton. Fab. 14. *Err. Prag.* 9. *&* 10. Trentacinq. *Lib.* 1. *Pract. Resol. Tit. de Legitima Resol.* 4. Tiraquel. *de Iure primigen.* Q. 55. Cucch. §. *Legitim. null. gravamen n.* 46. *& seq. pag.* 378. *& seqq.* Suarez. *in d. L.* 32. *amplias.* 9.

restitui debere, ut nova repletio fiat, quæ falcidia non minuatur, nec ullum gravamen in quantitate aut tempore [47] sentiat. *L. scimus, C. eod.*

47) Vulgo contra sentiunt, quia tempus mortis in ratione eius ineunda, spectandum *L. 6. C. hoc tit.* non augeri legitimam, si iacenti hereditati quid accessit, nec minui, si decessit, vid. Sich. *ad d. L. 6. n. 3.* Gilken. *ibid.* Chiflet. *Cap.* 8. Cucchus §. *Legitima an augeatur pag.* 207. *& seqq.* M. Mantua *pag.* 109. *& seqq.* Fachin. 4. *Contr.* 26.

C A P. V.

Adversus quorum testamenta inofficiosi querela non detur.

Transitio, & doctrinæ superioris capitis elegans epitome. I.
Inofficiosi querelam adversus inofficiosum testamentum excludit sive personæ conditio, sive querelæ amissio. II.
Ad prius genus pertinent impubes & miles. III.
Inofficiosi querela nec matri competit, nec fratribus adversus testamentum impuberis inofficiosum: & quare. IV.
An saltem impuberis patruo adversus sui fratris testamentum, in quo persona turpis impuberi filio substituta. V.
Item nulli cognatorum, ne liberis quidem adversus testamentum militis inofficiosum. VI.
Etsi testamentum illius, qui in toga Reipublicæ militat. Quo id iure, & quatenus. VII.
An superius hoc militis privilegium novissimo iure liberis, & maxime filiisfamilias militibus ademptum. VIII.
Accursii & Bartoli opinio. IX.
Contraria auctoris sententia: firmis hæc ex iure rationibus constabilitur. X. XI.
Contrariis occurritur; & Accursii opinionis momenta revelluntur. XII. XIII.
Rerum summa & collectio. XIV.
Superius illud privilegium cessare militibus sua militia defunctis, sive armata, sive togata. XV.

I. HActenus quid sit inofficiosum testamentum, quibus rebus tale constituatur, & adversus quos. In quo cum insit caussa querelæ inofficiosi, si ex caussa recte colligimus effectum, intelligi iam potest id de quo posita erat quæstio, quibus scilicet querela inofficiosi non solum competat, sed etiam non competat. Diximus enim competere eam liberis, parentibus, fratribus consanguineis: sed omnibus in universum, id quod titulus actionis ostendit, non nisi ex caussa inofficiosi testamenti, idest, hac conditione, si adversus eos testamentum esset inofficiosum constitutum. Sic porro inofficiosum constitui, atque his rebus eam caussam constare; si qui queruntur, exclusi sint eo testamento vel præteritione, vel exheredatione: si exclusi sint immerito, idest, liberi, parentesve nulla legitima de caussa, aut ea testamento non adscripta; fratres turpi persona herede instituta; si exclusi testamento alioqui consistente; si quidem nec legitimam portionem, vel partem eius portionis ex bonis defuncti acceperint: ac de his partibus etiam sigillatim dictum est. Quæ si ita sunt, si quidem de iis quæritur quibus querela inofficiosi non competat, confecta res est, his omnibus non competere: Primum extra liberos, parentes, fratres, consanguineos, cognatorum, ex sua persona nulli, nedum competat cuiquam extraneo. Deinde nec liberis ipsis, parentibus aut fratribus his conditionibus; sive testamento vel minima ex parte heredes instituti sint; sive exclusi quidem, sed iusta de caussa, & ea adscripta testamento; sive sine iusta caussa, vel ea non adscripta exclusi, sed eo testamento, quod per se non consistat, vel alia via possit rescindi; sive hereditate exclusi portionem legitimam acceperint vel totam, vel saltem ex parte, de qua postea implenda solum recte agant. Sine converso hoc statui placet, quibus querela inofficiosi competat, de quo potissimum nunc agitur, non minus & hac ex superioribus iam intelligimus competere eam liberis, parentibus fratribus tum, cum superiora ista simul in eandem personam concurrent. Sic enim effici adversus istos testamentum inofficiosum: ex qua caussa hæc actio nascitur.

II. Sed hoc posterius ita verum est, si nihil aliud querelæ sit impedimento. Sic enim superior sententia regulam de eo communem habet, ut tamen non sit perpetua. Habet & hæc regula, ut aliæ omnes

mnes pleræque suas exceptiones, quas iam subiiciemus. Non semper vero liberis, parentibus, fratribus, quanvis inofficioso testamento omni ex parte adversus eos constituto, querela inofficiosi competit. Interdum quædam obstant. Ea autem duo sunt in summa. Alias testatoris persona & privilegium; quo efficitur ut nec ab initio adversus huius testamentum inofficiosum detur querela inofficiosi. Alias querelæ amissio; qua fit, ut cum ab initio superioribus personis recte cœperit competere inofficiosi querela, eventu postea amittatur, amissa sic deinde competere desinat: ut hic deinceps ad ius querelæ agenti constituendum illa duo quærenda sint, persona testantis, & querelæ finiendæ modus.

III. Conditione personæ duobus generibus testatorum proprio quodam & singulari iure tributum est, ut ne eorum testamenta querelæ inofficiosi subiaceant; Impuberi, & Militi.

IV. Adversus testamentum impuberis nulla est querela inofficiosi ne matri quidem impuberis; proinde multo minus impuberis fratribus. *L. Papinianus, §. sed nec impuberis, D. de inoff. test.* Testamentum impuberis vocamus substitutionem pupillarem, cum pater testamento suo filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituit in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit; quod declaratur *Inst. de pup. subst.* in pr. ubi quæ initio dicitur substitutio pupillaris, paulo post vocatur impuberis testamentum. Et additur ibidem, quod satis sit ad intelligendum, cur ita vocetur: quia scilicet ex hac substitutione substitutus heres fit non patri, sed impuberi. De eo, inquam testamento neque matri, neque fratri impuberis tanquam de inofficioso queri licet; si forte proponas his præteritis extraneum, atque adeo turpem personam a patre heredem institutam esse. Hoc Ulpianus de sententia Papiniani in *d. §. sed nec impuberis*. Addita hac ratione: quia pater impuberi hoc testamentum fecit. Optima ratio, cuius vim sie recte intelligemus, si paulo explicatius querela ad suam caussam revocetur. Meminisse igitur debemus inofficiosam tum præteritionem, tum exheredationem iniuriam habere, quam qui isto modo ab hereditate exclusi sunt, queruntur sibi factam esse a testatore, eiusque iniuriæ vindicandæ caussa querelam esse comparatam. *d. L. Papinianus*, in pr. *de inoff. test. Novel. ut cum de app. cog. §. sive igitur, & §. hæc autem*. Neque porro in hac iniuria de aliis queri licet, quam qui ipsi præteritione aut exheredatione sua iniuriam intulerunt. At impubes, quanvis extraneo herede ei substituto, matre aut fratre præteritis, eius id testamentum proponatur; nullam tamen his in hoc testamento iniuriam [1] facit, ac nec potest: cui iam assumptioni probandæ superior illa ratio Ulpiani convenit. Non enim, inquit, impubes ipse sibi, sed pater ei hoc testamentum fecit. Merito igitur placuit adversus id testamentum tanquam ob iniuriam ab impubere factam nullam querelam inofficiosi esse posse aut debere. Adde & hanc rationem. Non est querela inofficiosi, nisi ex hac caussa, quod qui testamentum ita ordinavit, ut esset inofficiosum, non videtur sanæ mentis fuisse; utpote exclusis iis quos præcipue ad bona sua vocare debuerat. *L. 2. L. 5. D. de inoff. test.* At nihil tale in substitutione pupillari impuberi obiici potest; eadem illa ratione Ulpiani, quæ huc quoque aptari debet, quia pater & hoc testamentum fecit, non ipse sibi. Quare etiam hac de caussa nulla adversus id testamentum querela inofficiosi esse potest.

V. Hæc ratio aliam quæstionem hoc loco attulit. Dicimus hoc testamentum fieri a patre impuberis. Quid ergo, si pater eo testamento substituerit impuberi heredem turpem personam fratre suo consanguineo præterito, eodemque patruo impuberis? An non ex superiore ratione huic saltem adversus id testamentum querelam dabimus? Constat enim turpi persona herede instituta fratri præterito adversus fratris testamentum querelam propositam esse. *Inst. de inoff. test.* in princ. Quod si hoc accedit, ut testamentum factum sit a patre, cum ab eo & huius præteritionis iniuria nata sit, quid restat, nisi ut

[1]) Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 6. Quia, ait, in hac querela, non testamentum ipsum, iuxta iuris regulas conditum; sed testantis factum improbatur. Hic autem, nihil inique facit impubes, add. Duar. *h. t. C.* 17. Et facit hoc testamentum pater filio, non sua, sed legis auctoritate, quæ patri confidit, ob affectum, quo filios prosequi creditur, Battand. *Tr. Legitima C.* 16. *n.* 15. *& seqq.* ubi *n.* 53. in tacita pupillari contra statui. Sed Chiflet. C. 10. parem esse utriusque effectum. Quod & verum est, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 6. *N.* 4. *ibique not.* Crebrius quoque hoc protenditur ad quasi pupillarem, quæ vulgo exemplaris, illius imitatione inducta, Battand. *d. C.* 15. *n.* 18. Nam *L.* 9. *C. de impub.* tantum de legitima filiorum loquitur, Chiflet. *Cap.* 10. *pag.* 789. Nec audiendus Petr. Grangian. *Paradox. C.* 53. qui matrem exclusam a querela per pupillarem, non excludi a petitione legitimæ, quod factum alterius alteri nocere non debeat, quodque nemo plus facere queat, in iniuriam alterius, quam is cuius nomine facit. Tametsi curia Burdigalæ legitimam matri adsignavit, testante Mareto *Tract. Quartar. C.* 11. *n.* 16. Et probante, quod non firmum argumentum a querela desinente ducatur, cum conditio ex lege superfit.

ut huius quoque fratri fit querela adversus id testamentum? Negat esse Ulpianus ibidem, id est, in *d. L. Papinianus*, §. sed nec impuberis, *quia*, inquit, *filii testamentum est*. Quasi diceret adversus obiectionem superiorem; Pater quidem hoc testamentum impuberi fecit & patris tum præteritio, tum iniuria est; sed non ideo efficitur adversus id testamentum fratri patris præterito querelam esse dandam. Utrumque enim fecerit pater; impuberis tamen testamentum est, non patris: factione patris est: re autem vera impuberis; utpote in qua de solius impuberis hereditate agitur, in quam & succeditur.

VI. Militi idem tributum; sed ex privilegio; ut quamvis miles ipse testamentum faciat exheredatis sine caussa liberis aut parentibus, sitque hoc modo testamentum eius revera inofficiosum: tamen de inofficioso eius testamento, quocunque iure factum sit, sive militari, sive civili, ne liberi quidem queri possint: nedum parentes, aut fratres militis. *L. de inofficioso, C. de inoff. test. L. si institutu, §. de inofficioso, D. eod.* Pertinetque hoc ius non ad patremfamilias militem solum, qui testetur de bonis suis quibuscunque, sed & ad militem filiumfamilias: tantum ut hic de castrensi peculio testetur, quod solum filiifamilias proprium est ita, ut de eo possit testamentum facere: de quo ita scriptum est in *L. testamentum*, C. eod. *testamentum militis filiifamilias in castrensi peculio factum, neque a patre, neque a liberis eius per inofficiosi querelam rescindi potest*. Sed intra veros milites solum hoc privilegium olim consistebat, quos eosdem armatæ militiæ milites dicimus.

VII. Observabatur quidem iam olim genus quoddam quasi militum, qui in toga, aut publica opera Reipublicæ quodammodo militant, quales sunt magistratus, assessores, iudices, patroni caussarum, archiatri, professores publici bonarum artium, & omnes omnino, qui opera publica Reipublicæ navanda salaria a principe, aut de publico accipiunt: quibus omnibus si filiifamilias essent, attribuebatur & peculium quasi castrense eodem prope iure per omnia cum peculio castrensi. Nam & id ita placebat eorum proprium esse, ut de eo statuere possent, & iure communi testari non aliter quam de peculio castrensi. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. L. 2. D. de sen. Mac. §. ult. Inst. de mil. test. Inst. quib. non est perm. fac. test.* in pr. *L. ult.* in pr. *C. de inof. test.* Verum his posterioribus ante tempora Iustiniani hoc privilegium adhuc deerat, ut his de peculio castrensi testantibus immunia essent eorum testamenta a querela inofficiosi. At Iustinianus hoc etiam postremum his addidit, de quo cautum est pluribus verbis in *L. ult. C. de inoff. test.* Solum hoc inter filiosfamilias qui armis vere militant, & filiosfamilias qui in toga & opera forensi publicave militant Reipublicæ, hoc interest, quod filiusfamilias armatæ militiæ miles de bonis castrensibus testamentum sine metu querelæ facere potest non tantum quandiu est in potestate patris, sed etiam patria potestate liberatus, & sui iuris ac paterfamilias factus. Non enim ea re miles esse desinit. Hoc autem privilegium militi datum est, non filiofamilias: denique militi hoc ipso quod miles est, sive is paterfamilias esset, sive filiusfamilias. *d. L. de inofficioso, L. testamentum, C. de inoff.* Nec prius militi patrifamilias adimitur, quam veterano facto. *L. Papinianus, §. Papinianus, D. de inoff.* At filiusfamilias togatæ militiæ aut forensis operæ miles tandiu testamentum a querela immune facere potest, quandiu in potestate patris manet: sui iuris factum, voluit Iustinianus, ut peculium habere desinit, ac proinde peculium quasi castrense, etiam in hoc peculio privilegium superius amittere; ut quamvis idem miles maneat qui prius; tamen nihilomagis prius beneficium retineat, amisso peculii quasi castrensis nomine: ut intelligeremus hoc beneficium ab illo non militi solum datum esse, sed etiam peculio quasi castrensi: hoc ille constituit in *d. L. ult. §. ult. C. de inoff. test.*

VIII. An hoc privilegium ademptum sit militibus, præsertim filiisfamilias, qui de castrensibus aut quasi castrensibus peculiis testantur, dubium fecit *Novel. ut cum de app. cog. §. iustum*. Sic enim illic constituit Iustinianus, non licere liberis in propriis bonis, de quibus testari possunt, parentes præterire, aut exheredes facere, nisi iustis de caussis, quas ipse subiicit, & his testamento adscriptis: & addit in extremo §. *si contra factum sit*, testamentum rescissum iri; nempe per querelam inofficiosi, si alio iure non potest. Hæc enim est rescindendi testamenti caussa subsidiarium remedium. §. *tam autem, Inst. de inoff. test.* Est hæc constitutio Iustiniani, ut apparet, conceptione verborum generalis, pertinens ad omnes liberos, non solum paganos, sed etiam milites, nec tantum ad milites patresfamilias, sed etiam filiosfamilias, qui de peculio castrensi aut quasi castrensi testamentum faciunt.

Nam

Nam hæc peculia, ut ante dixi, propria sunt filiorumfamilias, de quibus & ipsi possunt testari. Quod si ex superiore constitutione istorum omnium testamenta inofficiosa querela inofficiosi rescindi possunt, perspicuum est eadem constitutione etiam militibus, & his filiisfamilias vetus illud privilegium de querela adversus eos non movenda abrogari.

IX. Hic ut in re dubia variant sententiis [2] interpretes. Accursius ipse contraria scripsit hac de re variis locis. Potior tamen illi hæc sententia est, ius vetus hic emendari in filiisfamilias solum, his tamen omnibus cum de peculio castrensi aut quasi castrensi testantur, quod & Bartolus cum quibusdam aliis magis se probare scribit ad *auth. ex caussa*, numero 13. *C. de lib. præt. vel. exh.* Neque quidquam adiicit quo difficultatem explicet, & cur ad istos magis putet constitutionem Iustiniani pertinere quam ad milites patresfamilias; cum tamen constitutionis verba omnes liberos qui de propriis bonis testamentum faciunt, pariter complectantur.

X. Ego autem puto, totum istud privilegium vetus militibus in caussa inofficiosi concessum etiam nunc per superiorem constitutionem integrum manere: non sane quod constitutio non generaliter scripta sit, & quidem iis verbis, quæ ad liberos quoque milites, & eos etiam filiosfamilias pertineant: sed quod ex perpetua lege interpretationis in omnibus legibus observanda sic illa constitutio accipienda est ex sententia legislatoris, ut ne contineantur ii liberi, de quibus ex privilegio aliis legibus specialiter contra cautum est: quo in numero sunt etiam filiifamilias milites qui de peculio castrensi aut quasi castrensi testantur: quibus dum eximitur metus querelæ inofficiosi, simul hoc concedi intelligitur, ut sine metu querelæ liceat his liberos, parentesve sine caussa impune præterire, vel exheredare. Hoc ita interpretandum esse dictant sententiæ omnes iuris ratæ de interpretatione legum proditæ, quæ eædem ipsis etiam legibus in hac interpretatione observari iubentur.

XI. Quarum una hæc est, regula iuris comprehensa: *In toto iure generi per speciem derogatur*: & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. *L. in toto iure*, *D.* de reg. iur. *Derogatur generi*, id est, constitutioni generali, seu orationi quæ de genere aliquo generaliter & indefinite scripta est: *Per speciem*, id est, per specialem constitutionem omnem, qua species aliqua ex eo genere eximitur. Idque observatur *in toto iure*: ut perinde nihil intersit, lex specialis quam generi derogare volumus, quo loco, quove tempore scripta sit: posteriorene, an quod maiorem dubitationem habet, priore. Atqui constitutio Iustiniani superior generalis est, de liberis quidem in universum, non tamen specialiter, sed generaliter & indefinite cavens. Ex eo autem genere ius vetus eximit milites & eos etiam filiosfamilias, de quibus specialiter cavet, cum de peculio castrensi aut quasi castrensi testati erant, ne adversus eorum testamenta querela inofficiosi admittatur, *d. L. testamentum. L. ult. L. de inoff. test.* Quare ex superiore regula etiam nunc id ius potius haberi debet, quanvis prius constitutum, quod ad eam speciem liberorum directum est, ut per hoc verbis superioris constitutionis generalis derogetur. Altera sententia est, quæ non minus hoc idem efficit: Quidquid posteriore lege specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligendum est, *L. præcipimus*, in fin. *C. de appel.* Iam vero Iustiniani constitutio superior generaliter scripta de liberis, nihil specialiter exprimit de his aut illis, minime autem de filiisfamilias militibus. Proinde & quod ad hos pertinet, id veterum constitutionum regulis relictum intelligere debebimus. Hæ autem superius beneficium diserte his tribuunt. Quamobrem id etiam nunc relinqui statuendum est. Tertia sententia & ipsa certi iuris, hanc eandem interpretationem a nobis exigit, quæ hæc est, priores leges ad posteriores trahi, & quodammodo posterioribus inesse, contraque posteriores ad priores. *L. non est novum*, & duab. seqq. *D. de legib.* Quo dicto admonemur, sic posteriores interpretandas esse, ut quasi priores in his inessent, sic & per eas conserventur, nisi aperte & nominatim sint contrariæ: Ambas autem ita, ut unæ ab aliis in eo quod obscurum est, interpretationem & temperamentum vice mutua accipiant. Quapropter priores leges, quæ militibus etiam filiisfamilias superius illud privilegium tribuunt, sic ad constitutionem Iustiniani posterio-

2) Ac hodie militare testamentum querelæ subiacere, statuunt Duar. *ad h. t. D. C. ult.* Rubeus *ad L.* 14. *D. h. t. in præl.* *n.* 7. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 7. Cucchus *in Auth. noviss. C. h. t.* Coras. 6. *Misc.* 11. *n.* 4. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 49. Sed nostro consentiunt Forst. *de Iurisd. Rom. Lib.* 1. *in L.* 7. *Romuli n.* 42. *& seqq.* Fachin. 6. *Contr.* 74. qui tamen militaria tantum testamenta hodie a querela immunia statuit, quod videtur Gilken. *in Auth. ex caussa C. de lib. præt. n.* 34. *& seqq.*

ſteriorem trahendæ ſunt, ut quod in hac obſcurum eſt, & de quo nunc ambigitur, utrum ad milites pertineat, & vetus eorum privilegium abroget, ex prioribus illis legibus interpretationem capiat, intelligamuſque hactenus Iuſtinianum de liberis generaliter conſtituere, ut veteres leges de certa ſpecie horum liberorum ſalvæ ſint. Neque vero ideo Iuſtiniani illa conſtitutio erit ſupervacua & inutilis, quaſi per omnia idem conſtituere intelligatur, quod prioribus legibus cautum eſt. Ut enim accipiatur de ſolis liberis, qui milites non ſunt, & quorum teſtamenta inoffícioſa etiam omni iure vetere per querelam reſcindi poterunt: tamen hoc novi habet ſuperior illa conſtitutio, quod quemadmodum prius exegerat a parentibus in cauſſa liberorum, ſic nunc exigit a liberis in cauſſa parentum, ut ſi parentes impune præterire vel exheredare velint, cauſſas iuſtas huius excluſionis afferant, & eas quas ipſe præſcribit; hoc amplius ut eas adſcribant teſtamento. Quod quidem ius ab illo non minus in liberis, quam prius in parentibus novum conſtitutum eſt. Et vero hoc unum illi propoſitum eſſe apparet tota ea conſtitutione, ut de his cauſſis & definiendis & teſtamento exigendis conſtituat. Unde in ſuperiore loco non ſimpliciter cavit, non licere liberis parentes præterire, vel exheredes facere; ſed addit temperamentum, cuius nomine potiſſimum omnis illa de præteritionis & exheredationis pœna conſtitutio inſtituta eſt, niſi cauſſas quas ſubiicit, in ſuis teſtamentis nominatim expreſſerint.

XII. Sed plerique, ut putent ſuperiore conſtitutione potiſſimum filioſfamilias milites comprehendi, moventur his verbis conſtitutionis, quibus exponit Iuſtinianus de bonis propriis, & addit, in quibus liberi teſtari poſſunt: quam adiectionem non exiſtimant aliis quam filiisfamilias militibus convenire. Nam hæc adiectio, de quibus teſtari poſſunt, oratio eſt, addita diſcretionis cauſſa, ad diſtinguendos ſcilicet eos liberos, qui habent quidem propria bona, ſed de quibus teſtari non poſſunt; ad quos Iuſtinianus intelligi vult conſtitutionem ſuam non pertinere. Eos autem qui propria bona habeant, de quibus tamen teſtari non poſſint, iſti non alios eſſe putant, quam filioſfamilias milites. Hi enim ſoli ſunt, in quos cadat hæc diſtinctio bonorum, ut & adventicium peculium habere poſſint, & habere caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe. Utrumque proprie in bonis filiiſfamilias; ſed tamen ita, ut de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio teſtari poſſit; de adventicio non poſſit. *L. pen. L. ult. C. qui teſt. fac. poſſ.* Et ſane cum Accurſius & Bartolus iudicarent ſuperiore conſtitutione privilegium vetus abrogari in his qui de peculio caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi teſtantur, omnino neceſſe eſt intelligi motos illos eſſe iſtiuſmodi ratione. Quaſi vero Iuſtinianus ea conſtitutione caveat de liberis tantum filiisfamilias, a quibus ſolis hoc exigeret ne parentes teſtamento ſuo excluderent ſine legitimis cauſſis, & his nominatim adſcriptis. Ac non potius & diſtrictius idem exigat ab iis qui ſunt ſui iuris, nec milites ſunt. Neque verba refragantur, ſed & hoc ipſum recte 3 exprimunt. Non enim verum eſt ſolos eſſe filioſfamilias milites, qui bona propria habere poſſint, de quibus alias non poſſint teſtari, alias poſſint. Pertinet hoc & ad patreſfamilias maxime, inter quos magnus numerus eſt eorum, qui cum bona propria habeant, de his tamen teſtari non poſſint: cuiuſmodi ſunt impuberes, furioſi, mente capti, prodigi, & alii qui indicantur in *§. præterea*, & deinceps. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.*

XIII. Sed ad ſuperiora illius ſententiæ confirmationem obiicitur ad extremum *Novel. de ſanct. epiſ. §. presbyteros*, unde *auth. presbyteros, C. de epiſ. & cle.* Illic Iuſtinianus ita cavet, ut presbyteri, diaconi, & cæteri, qui miniſterio aliquo eccleſiaſtico in eccleſia funguntur, res quolibet modo ſibi acquiſitas in ſua poteſtate habeant ad ſimilitudinem caſtrenſium peculiorum, eas donare poſſint cui velint ſecundum leges, de his item teſtari, etſi in poteſtate parentum ſint; ita tamen, ut horum filii aut his non exſtantibus parentes eorum legitimam portionem ferant. Loquitur ergo Iuſtinianus de filiisfamilias, qui Eccleſiæ & Reipublicæ militantes, peculium quaſi caſtrenſe habent, idem ſibi proprium, de quo & teſtari poſſint: ſed quod facere illis conceditur ſolum hac lege, ut horum filiis aut parentibus legitima portio relinquatur. Hac adiectione, ſive ea modum, ſive conditionem in ſe continet ſatis aperte declaratur, ſi eccleſiaſticæ iſtæ perſonæ de bonis propriis teſtentur, excluſis ſine cauſſa legitima liberis, aut parentibus ita ut nec quid-

3) Recte: Nam ſi verba *in quibus &c.* ſolis filiisfamilias conveniunt, ad illos ſolos reſtringenda erit tota diſpoſitio. Unde abſurdum, quod filio, qui non eſt in poteſtate, liceat parentes exheredare &c. Aut ſaltem, non ſine vitio, de his definire Imperator omiſiſſet.

quidquam ad legitimam portionem his relinquant, impune id non futurum, sed aut testamentum futurum inutile iam a principio; aut rescindi aliquo iure posse; salvo manente testamento, condictione saltem ex lege ad legitimam obtinendam agi posse: denique aliquam pœnam esse debere istius inofficiosæ exclusionis. Quænam igitur erit hæc pœna? Et cum de eo nihil adiiciatur in constitutione Iustiniani, ex vetere iure sumendum est, quod hic sequamur. Semper enim tenendum est illud quod ante dixi, priores leges ad posteriores trahi, ut si quid in posterioribus obscurum sit aut omissum, id ex prioribus interpretationem accipere aut suppleri debeat. *L. non est novum*, *L. seq. D. de leg.* Est autem ex vetere iure præteritionis exheredationisve ininstæ hæc pœna, ut si alio iure testamentum irritum non fiat, sit adversus testamentum inofficiosi querela, quo id rescindatur. Proinde hanc ipsam pœnam in constitutione Iustiniani superiore intelligemus, non item condictionem ad legitimam auferendam integro manente testamento, ut Accursius accepit. Hoc ergo Iustinianus superiore constitutione dicere intelligitur, ecclesiasticos filiosfamilias ita de peculio suo quasi castrensi, quod & ipsi sibi proprium habent, testamentum facere posse; ut tamen in eo per omnia iure communi utantur, usque adeo, ut si liberis aut parentibus immerito præteritis vel exheredatis nec legitimam portionem his reliquerint, testamentum aut alio iure evertatur aut si alio iure consistit, subiiciatur inofficiosi querelæ: ut vetus istius exclusionis pœna est. In quo privilegium vetus militum de inofficiosi querela his de peculio quasi castrensi testantibus denegari apparet. Et cur non hoc idem in cæteris militibus Iustiniano placere existimemus: & quidem tanto magis, quanto ii qui ecclesiæ serviunt, maiore favore digni videntur: Ego autem de superiore constitutione ita respondeo, agnoscere me id quod ante ostendi, ecclesiasticos, filiosfamilias quanvis peculium quasi castrense habeant, & de eo testentur, tamen vetere privilegio militum quod ad querelam inofficiosi testamenti pertinet, in eo non uti: denique his a Iustiniano ea constitutione id privilegium 4) denegatum esse. Sed non si his denegatum est, ideo horum exemplo cæteris militibus de peculio castrensi aut quasi castrensi testantibus id abrogatum videri debeat. Quin potius contra dici potest, cum ex his filiisfamilias, quibus id privilegii olim datum est, quosdam Iustinianus specialiter eo uti vetet, hoc ipso cæteris id relinquere videri; ut de pluribus iudicibus a prætore datis responsum est, quorum unum postea prætor iudicare vetat. *L. cum prætor*, in pr. *D. de iudic.* & tamen dici posse idem ius ad alios omnes milites transferri debere, si in cæteris quoque eadem esset ratio. *L. illud*, *D. ad leg. aq.* Sed propria & singularis quædam ratio est in ecclesiasticis personis, quæ ab his in hac re ius superius exigit: & eas a reliquis separat, eaque duplex. Una est, quod Iustinianus singulari iure præter cæteros hoc ecclesiasticis tribuit. Ut quanvis sint filiifamilias, tamen omnia bona undecunque quæsita, proinde & adventicia, in sua potestate habeant peculii quasi castrensis iure, deque his eodem iure testari possint; quod in adventiciis bonis nulli unquam filiosfamilias ante datum est. *L. pen. §. ult. C. qui test. fac. poss.* Itaque non erat alienum, ut qui hac parte ecclesiasticis in iure testandi tantum tribuebat, alia parte etiam privilegium in eo vetus minuens ad ius commune eos revocaret. Altera ratio posita est in testatorum persona. Nam qui ecclesiæ præsunt, aut in ea aliquo munere funguntur, ea sunt conditione personæ ex verbo Dei, ut cæteris exemplo ad omnem pietatem, & omnia charitatis officia prælucere debeant. Erat igitur convenientissimum, quam pietatem erga parentes, charitatem erga liberos a privatis & paganis in suprema eorum voluntate ius commune exigit, eandem saltem ab iis exigere, qui pro officio & instituto vitæ maiorem etiam præstare debere videbantur.

XIV. Summa ergo sit hæc, quam etiam post Novellas constitutiones Iustiniani tenere debeamus. Adversus testamentum militis patrisfamilias, quocunque iure testetur, sive militari, sive communi, & de quibuscunque bonis, sive castrensibus, sive aliunde quæsitis, nulla est querela inofficiosi, ne liberis quidem militis. *L. de inofficioso*, *C. de inoff. test.* In eadem caussa est testamentum filiifamilias militis, qui modo de castrensi peculio testetur, de quo solo potest. *L. testamentum*, *C. eod.* sed hac lege, ut sui iuris factus non solum hoc privilegium retineat in bonis castrensibus, sed etiam hoc idem in cæteris bonis aliunde quæsitis nanciscatur,

4) Itaque horum testamentum querelæ subiacet, Fachin. 4. *Contr.* 75. Etsi quidam id negent, sed petitionem tantum legitimæ parentibus horum concedant, vid. Forst. *d. lo. n.* 41. & *n.* 46.

tur, utpote translatus ad conditionem & ius militum patrumfamilias. Sed hæc de veris militibus dicta sunt. Adversus testamentum autem eorum, qui in toga aut opera forensi tanquam Reipublicæ militantes de quasi peculio testantur, etiam cessat querela inofficiosi; sed privilegio hactenus dissimili, quod qui in hoc numero sunt, tamdiu utuntur hoc privilegio, quamdiu sunt in parentum potestate. Sui iuris facti, quamvis eamdem militiam exerceant, tamen ut peculium quasi castrense, ita cum peculio superius privilegium amittant: cautum in *d. L. ult. §. ult. C. de inoff. test.* Hic nobis excipiendi sunt ecclesiastici filiisfamilias, quibus quanvis concessum sit de omnibus bonis propriis tanquam de peculio quasi castrensi testari; tamen hactenus datum est, ut in eo per omnia iure communi utantur: id est, non solum in testamenti factione, sed etiam in eo, ut pro officio pietatis liberis suis aut parentibus in legitima portione illis relinquenda satisfaciant, alioqui querelæ obnoxii: idque singulari exemplo ob eas caussas, quas supra dixi.

XV. Sed quodcunque hic privilegium est, meminerimus tributum esse militibus. Proinde qui prius milites erant, si semel milites esse desierint, simulatque id acciderit, dum postea testamentum facient, hoc privilegio non utentur. Inde dictum, contra veterani patrisfamilias testamentum [5] esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit, quæ in castris quæsierat. *L. Papinianus, §. Papinianus, D. de inoff. test.* Quippe veteranus dicitur, qui emeritis stipendiis militia missus, seu sacramento militiæ solutus miles esse desiit. *L. 2. §. ignominiæ, D. de his qui not. inf. L. 1. C. de excus. vetera. L. pen. C. quan. provoc. non est nec.* Quod multo magis in iis qui aliis de caussis militia missi sunt, intelligendum est: cuiusmodi caussæ enumerantur in *d. L. 2. §. ignominiæ, de his qui not. inf.* Quod si hoc in veteranis patribusfamilias recipimus, multo magis in filiisfamilias probandum est, qui & ipsi veterani facti, aut aliis de caussis militia missi in numero militum esse desierunt, quanvis testentur de peculio quod in castris quæsierant. Plusquam enim notum est, in iure testandi multo plus tributum esse patribusfamilias, quam filiisfamilias, sive ambo milites sint, sive ambo pariter pagani: & maxime si ambo pagani: ut profecto quod patribusfamilias ademptum est ob id quod iam milites non sunt, non debeat filiisfamilias, qui & ipsi milites esse desierunt, relictum videri. Atque hoc etiam si in veteranis recipimus, qui prius vere milites fuerunt: absurdum est non idem intelligi in his filiisfamilias, qui Reipublicæ quasi militabant, si ea militia quam exercebant defungi cœperint, ut sic tanquam veterani in suo munere esse inciperent. Semper enim huc redeundum est, hoc privilegium in filiisfamilias datum esse non peculio castrensi, aut quasi castrensi; sed militibus aut quasi militibus filiisfamilias, qui salaria vel stipendia percipiunt publica, qui iidem propterea de peculio castrensi aut quasi castrensi testentur: ut declaratur in *d. L. ult. §. de aliis, C. de inoff. test.* Itaque quod subiicitur in *ead. L.* vers. *in his itaque omnibus.* omnes filiosfamilias, qui peculium quasi castrense habent, de eo testari posse, addito etiam hoc privilegio; *ut neque eorum testamenta querela inofficiosi expugnentur*: semper ex superioribus sic interpretandum est, ut intelligamus omnes, qui peculium quasi castrense habent, qui iidem sint ex iis quibus paulo ante hoc peculium datum erat, id est, qui opera publica militent Reipublicæ, unde & salaria vel stipendia percipiant publica. Quod cum aliter interpretati sint Accursius & Bartolus & ad eam *L.* & ad *L. Papinianus, §. Papinianus, D. de inoff. test.* istis filiisfamilias quanvis iam suo munere defunctis nihilominus superius privilegium tribuentes; apparet eos posterioribus verbis Iustiniani deceptos sententiam eorum, quæ ex prioribus facile colligebatur, omitisse. In quo ut sententiam legis, & veram caussam huius privilegii perverterunt, simul & in id absurdum quod ante dixi, & in contrarii loci reprehensionem incurrerunt. Hoc autem posito omnibus militia sua functis superius privilegium cessare, evenire dicemus, ut filiusfamilias qui de peculio quasi castrensi sine metu querelæ testetur, hoc privilegium duobus modis amittat. Uno, si adhuc militans sui iuris fiat, de quo ante diximus. Altero, si in potestate manens militare Reipublicæ in suo munere desinat.

CAP.

[5] Vide Connan. 9. Comm. 8. n. 10. sub fin. qui vult, etsi iure militari valeat testamentum intra annum, post missionem; querelæ tamen, & tunc subiacere; quia non de viribus testamenti hic disputetur, sed factum pietati adversum incusetur.

CAP. VI.

Quibus modis querela inofficiosi testamenti amittatur.

Continuatio. Amittitur inofficiosi querela modis quatuor. I.
1. Repudiatione: *duplici modo, & quatenus utroque.* II.
Nisi quis tamen repudiavit, ab herede scripto deceptus. Duplex deceptionis modus, querela decepto integra, non eius heredi. III.
2. Iudicii defuncti agnitione: *quacunque in parte, ex iure veteri quale hoc sit, explicatur.* IV. V.
Iustinianeo iure: interest, an quis scriptum heredem agnoverit; an vero legatum, seu quod capitur mortis causa. VI.
Heredem qui agnovit, amittit & hoc iure querelam. Agnitio heredis quot modis & quibus fiat. VII. VIII.
Non ita qui legatum simpliciter agnoscit sibi relictum; & hoc quatenus. Veteris iuris a novo differentia in legati agnitione, eiusque vis triplex, & quae. IX. X.
Legatum alteri relictum quocunque modo agnoscat exheredatus, non amittit querelam; contra, ac iure veteri: & quare. XI. XII.
Nec, si quod capitur mortis causa, accipiat. XIII.
3. Quinquennii spatio, *ex die aditionis. Quid si heres scriptus non adeat intra legitimum tempus hereditatem.* XIV.
4. *Morte eius, qui utitur querela, nisi, ea praeparata, decesserit.* XV.
Querela praeparatur, aut lite de inofficioso contestata, aut facta denuntiatione, aut agnita possessione bonorum. XVI.
Qualis haec possessio bonorum, cuius agnitione praeparatur querela. XVII. XVIII.
Duo agnitae possessionis commoda, & quae. XIX.
Querela non praeparata ad heredes non transmittitur. XX.
Exceptio. XXI.

I. Atque hi sunt, adversus quorum testamenta querela inofficiosi non datur, in quibus accidit, ut ea ne a principio quidem competat. Est etiam, ut proposui, cum quae ab initio competere coeperat querela, eventu amittatur. Quo facto tam competere desinit, quam si nunquam coepisset. Amittitur querela inofficiosi partim facto eius, cui competere coeperat, partim casu. Facto dupliciter, repudiatione, & iudicii defuncti agnitione. Casu item dupliciter, tempore, & exclusi morte; ut si haec in unum conducere placet, summa haec sit; querelam inofficiosi testamenti quatuor modis amitti, repudiatione, iudicii defuncti agnitione, tempore, morte.

II. Repudiatione querela inofficiosi amittitur, cum cui ea delata erat, eam repudiavit, idest, ostendit se ea uti nolle: *L. qui repudiantis, D. de inoff. test.* Cui modo, inquam, ea delata erat. Nondum enim delata repudiari non potest, ut nec aliud quidquam, quod nondum delatum sit. *L. 1. §. decretalis, D. de succ. ed. L. is qui heres, D. de acq. her.* Hoc modo amittitur querela, sive quis, rebus integris priusquam eam moveret, eam repudiaverit, ut diceret se ad accusationem venire nolle: *d. L. qui repudiantis, D. de inoff. test.* sive instituta iam & ordinata querela litem deseruerit. *L. Papinianus, §. 1. L. nam etsi, §. 1. D. eod.*

III. Ita tamen superius utrumque, nisi qui repudiavit, deceptus ab herede scripto id fecerit. Deceptus, eadem querela quanvis ante repudiata tanquam integra recte utetur: qui si in eo summoveatur ab herede scripto pacti aut repudiationis exceptione, exceptio doli mali replicatione elidetur: ut fit in omnibus pactis dolo adversarii ad remittendum quid interpositis. *L. tres fratres, D. de pact.* Duobus modis ad eam repudiationem dolo scripti heredis quis induci potest; aut mendacio eius aut vanis promissis: quorum etiam modorum utroque querelam decepto integram esse legimus. Mendacio heredis, ut si is mentitus sit filio exheredato se tacite rogatum esse tertiam partem hereditatis ei restituere; quo dicto persuasus filius querelam repudiavit ab initio, aut institutam deseruit: de hac specie in *L. eum qui.* in pr. *D. de inoff. test.* Vanis promissis, si exheredatus de querela pacto transegit, idest, ita a querela recessit, ut vicissim quid ab herede scripto acciperet, quod & ille se praesti-

turum pactus est, post autem heres promissis fidem non præstat: quæ species est *L. si instituta*, in pr. *D. de inoff. test.* Sed utrumvis horum factum erit, sciamus solum decepto ipsi integram esse querelam: qui si non repetita querela decesserit, heredi eius non dabitur: sed supererit ei actio de dolo intra tempora constituta: quæ sententia est *L. cum mota*, *C. de transact.* [1] Hoc ideo, quia querela non præparata ad heredem non transmittitur, ut postea dicetur. *L. 6. §. ult. L. 7. D. de inoff. test.* Non est autem præparata, a qua defunctus mutata voluntate discessit, etiamsi maxime eam prius instituisset. *Non enim*, inquit Papinianus, *sufficit litem instituere, si in ea non perseveres.* L. nam etsi, §. 1. *D. eod.*

IV. Iudicii defuncti agnitione querela amittitur; cum cui ea deferebatur, iudicium defuncti, idest, testamentum agnovit. *L. Papinianus*, §. *si conditioni*, *L. si ponas*, §. 1. *L. ultim. D. eod.* Indicium defuncti agnoscere est iudicium defuncti comprobare, vt declaratur in *L. nihil* §. *pen. L. ult. D. eod.* Hoc modo querela amittitur, quia hæc agnitio genus quoddam est tacitæ repudiationis. Pugnant enim inter se, testamentum comprobare, & id per querelam rescindere velle, quomodo maxime testamentum improbatur. Ita qui prius facit, eadem opera querelam improbare, & a se removere velle intelligitur. Sed & veteres ita definiunt, quod semel probavimus, id nos improbare non posse. *L. Pomponius scribit*, 9. *D. de neg. gest. C. quod semel, de reg. iur. in vi.* Quare qui semel iudicium defuncti agnoscendo probavit, id amplius per querelam oppugnando reprobare non potest. Hoc genere agnitionis olim ante constitutiones Iustiniani querela inofficiosi amittebatur, quacunque in parte, quacunque in re testamenti iudicium defuncti quis agnovisset.

V. Quod partibus testamenti propositis, & ad eam regulam breviter revocatis facile intelligetur. Tria sunt, in quibus omne iudicium defuncti in testamento versatur; heredis institutio; quæ præter hanc relinquuntur, legata, fideicommissa, tutelæ dationes; tum mortis caussa capiones: ut, si heres institutus sit sub conditione, si filio exheredato decem daret; hæc decem neque legata sunt filio, neque fideicommissa, unde nec si velit ea consequi, potest ab herede petere. *L. si quis sub conditione*, *D. si quis omis. caus. test.* Filio tamen data iudicio defuncti capiuntur, & quia capiuntur per occasionem mortis eius, ideo speciali vocabulo dicuntur a nostris mortis caussa capi. *L. mortis caussa capitur*, *D. de mor. cau. don.* Hoc igitur dicimus, quidquid horum olim agnovisset is, qui de inofficioso queri poterat, & ut est in *L. ult. D. de inoff. test.* qui in his *qualequale iudicium defuncti* comprobasset, hac agnitione querelam amisisse, ut ibidem traditur. Et merito: quia ita ius erat, ut qui agnovisset unam partem testamenti, is totum testamentum comprobasset, propter regulam iuris, quæ efficiebat, nisi heredis institutio consisteret, atque adeo nisi quis ex iis qui instituti erant, heres existeret, nihil ex iis quæ testamento scripta sunt, valere: §. *ante*, *Inst. de leg. L. si nemo*, 9. *D. test. tut. L. eam quam*, *C. de fid.* Cuius regulæ vis hæc est, ut si quis quid in testamento scriptum valere vellet, prius huic etiam heredis institutionem constitutam esse oporteret, ac per hanc totum testamentum. Atque hanc istius omnis agnitionis potestatem olim fuisse quam diximus, qua scilicet excluderetur quis querela inofficiosi agnitis singulis testamenti partibus, veterum responsa ad singulas eas partes collata quæ exstant sub *tit. D. de inoff. test.* abunde probant. Si quis ergo heredem scriptum pro tali agnosceret, certo querela excludebatur. *L. si ponas*, §. 1. *D. eod. tit.* Sed non minus placebat hoc idem evenire ei, qui legatum agnovisset, dum rem legatam accipit, aut ex testamento petit: idque sive ipsi relictum esset, & quid eorum quæ modo dixi, in eo legato faceret: *L. si pars*, §. 1. *L.* 1. *D. eod.* sive alii relictum aut nomine eius peteret, defendereve in iudicio tanquam procurator, vel patronus; aut a legatario ipso postea relictum acciperet. *L. pen.* §. *ult. L. ult. D. de inoff. test.* Neque aliud placebat de eo, qui implendæ conditionis caussa aliquid ab herede scripto, aut a lega-

1) Tutior hæc conciliatio, probata a Duar. ad *h. t. D. Ca.* 17. Cuiac. ad *d. L.* 27. *h. t.* & Loriott. *de Iur. Arte Tr.* 17. *&* 3. *seqq. Axiom.* 88. *& seqq.* Heredibus nocere scribens, quod querela non præparata: ipsi transigenti non item, quia per transactionem sane querelæ præparatio extinguitur *L.* 31. *in f. C. h. t.* non autem querela ipsa, quin denuo præparari possit, per *L.* 7. §. 1. vers. *tamen D. de transact.* Et a Pacio 3. Q. 36. sed qui hanc rationem non reddit, & Goth. in *d. L.* 6. qui alia ratione minus apta. Aliter Alciat. 5. *Parad.* 6. Coltel. ad *d. L.* 27. & Reiner. Bachov. *Misc. Disp.* C. 7. *pag.* 61. volentes, in *d. L.* 27. nudo pacto renunciatum fuisse, sicque non extinctam querelam, in *d. L.* 6. per renunciationem recessum, & ita extinctam. Male: quia omnis transactio, etsi nudo pacto fiat, per se efficax, renunciationem continens. Aliter Fachinæ. 1. *Contr.* 10.

legatario accepisset, id est, aliquid mortis caussa [1] cepisset per occasionem mortis & iudicii testatoris, *d. L. Papinianus* §. *si conditioni*, *D. eod.*

VI. Nunc hæc post constitutiones Iustiniani aliter se habent. De quo sic habendum est. Interest utrum exheredatus, & quisquis de inofficioso queri potest, agnoverit heredis institutionem, seu heredem scriptum pro herede habuerit, an vero legatum quod erat simpliciter agnoverit, aut aliquid eiusmodi, quod mortis caussa caperetur.

VII. Qui heredem scriptum pro herede agnoscit, olim querela excludebatur, ut diximus, *d. L. si ponas*, §. 1. Etiam nunc idem ius est. Qui enim heredem scriptum pro herede habet, is heredis institutionem in testamento comprobat. Ad quam rescindendam cum querela feratur, nempe hoc sequitur, ut qui institutionem ita probavit, is eam nulla querela postea mota improbare aut rescindere possit: si quidem verum est, quod supra posuimus, quod semel probavimus, id nos reprobare non posse. *d. L. Pomponius scribit*, 9. *D. de neg. gest.* Itaque etiam nunc, ut olim, quærendum est, quis heredem scriptum pro herede agnovisse videatur.

VIII. Agnosci heres scriptus pro herede potest aut verbis, aut re aliqua & facto, seu iudicio aliquo voluntatis. Verbis agnoscit, si quis hoc ipsum testetur se heredem pro herede agnoscere, aut, quod idem valet, se iudicio testatoris consentire. Qua testatione tam aperta nihil dubii esse potest, quin certo querela inofficiosi excludatur. *L. pen.* in fin. *D. de inoff. test.* Re & facto agnoscere intelligitur, qui cum herede scripto aliquid gerit, quod nisi is heres esset, utiliter geri non potest. Huiusmodi facta hæc sunt, quæ commemorantur in *d. L. si ponas*, §. 1. *D. de inoff. test.* si, puta, exheredatus, quive alias de inofficioso queri poterat, res hereditarias ab herede emat, aut conducat, aut quod defuncto debuit, heredi solvat. His, inquam factis, qui queri poterat, querela excluditur, tanquam qui iudicium defuncti agnoverit. Agnovisse autem ideo intelligitur, quia nihil istarum rerum gerere utiliter potuit cum herede, nisi is heres esset utiliter testamento scriptus. Utputa, nihil potuit rerum hereditariarum ab eo utiliter emere aut conducere, nisi is earum rerum dominus esset, ut de iis posset pro iure suo statuere; nec potuit dominus esse, nisi iure hereditario; nec iure hereditario nisi vere heres; nec vere heres, nisi utili testamento scriptus. Ita qui consequentia illa, quæ ex iure testamenti pendebant, admisit, is quæ necessario antecedebant, in primis autem vim testamenti comprobavit. *L. illud*, *D. de acquiren. hered.* Eadem ratio eius, qui quod defuncto debebat, heredi scripto solvit. Non enim potuit utiliter solvere ad liberationem, nisi creditori, aut alii voluntate creditoris. *L. invito*, *C. de sol.* Nec potuit heres scriptus creditor esse, seu is cui idem quod defuncto deberetur, nisi is esset, qui vere heres in ius defuncti successisset; nec vere heres nisi utili testamento. Ita hic quoque admissa superiore solutione, ab ea tanquam certis quibusdam gradibus ad ius heredis & vim testamenti, quæ necessario præcedunt, pervenitur. Eiusdem generis factum est, si herede sub conditione instituto, si decem exheredato daret, ea decem exheredatus conditionis implendæ caussa ab herede accepit. Quam ob caussam & eum qui id fecerit, querela excludi placet, & excludi ideo, quia iudicium defuncti hoc facto agnoverit. *L.* 8. §. 10. *D. de inoff. test.* Qua in re ergo iudicium defuncti agnovit? quod heredem scriptum pro herede esse voluit, atque hoc modo eius institutionem comprobavit. Qui enim ab eo decem accepit conditionis implendæ caussa, sic accepit, ut heres qui dabat, heres esse posset suo arbitrio, si vellet: hac enim gratia conditio ab herede impletur. Isto nomine autem qui accipit, aperte indicat, se institutionem heredis comprobare.

IX. Diversa caussa est legati, quod qui de inofficioso queri poterat, eo testamento relictum agnoverit. Qui legatum inofficioso testamento relictum agnovit, si nihil amplius agnovit, quam id legatum, is ea agnitione, ut nunc ius est, nunquam querelam inofficiosi amittit. Effectum hoc est constitutionibus Iustiniani, partim iis quæ exstant sub *tit. C. de inoff. test.* partim *Novella*, *ut cum de appell. cog.* §. *sive igitur*, & §. *instum*. Idque hoc modo facile intelligetur. Aut enim exheredato ipsi, sive qui de inofficioso queri poterat, legatum id relictum est, aut alii, quod nihilominus exheredatus agnosceret. Qui legatum sibi inofficioso testamento relictum agnoscit vel id accipiendo vel petendo, is ea agnitione querelam non amittit: non quia querela non excludatur; sed quia excluditur ipso legato, non legati

[1]) Nec referebat, per se caperet, an per alium, Duar. *h. t. C.* 17. item si servo suo relictum agnosceret. *L.* 12. *pr. h. t.* ad quod vid. Connan. 9. *Comm.* 9. *n.* 7.

gati agnitione. Excluderetur enim, etsi legatum non agnovisset, quamvis forte minus relictum esset portione legitima. Effectum hoc lege Iustiniani, *L. omnimodo, C. de inoff. test.* qua cautum est, ne sit querela ei, cui quid vel minimum testamento relictum erit; & si quid deest ad legitimam portionem, solum hoc relinquitur legatario, ut eo quod datur accepto, agat ad supplementum reliqui. Ipso ergo legato, ut dixi, excluditur, qui alioqui de inofficioso queri poterat, non huius legati agnitione. Id etiam efficitur hoc modo. Nemo dicendus est rem amittere, quæ propria eius non fuit. *L. nemo videtur rem, D. de reg. iur.* Atqui quantumcunque ei qui de inofficioso queri poterat, relictum sit testamento, etiam si minimum, is nunquam habet querelam, ut dici possit eius quandoque fuisse propria sive legatum agnoscat, sive repudiet, *d. L. omnimodo*. Quare qui sibi legatum agnoscet, non ideo dici poterit querelam amisisse, quam nunquam habet.

X. Quo loco operæpretium est, quæ in huius legati tum vi, tum agitione ad exheredatum excludendum interius vetus & novum differentia sit animadvertere, ne de his responsa veterum pleraque nos fallant; quæ etiamnum hodie exstant sub *tit. D. de inoff. test* & quoniam nusquam aperte emendata proponuntur, etiam mansisse videri possunt. Est autem ea differentia triplex. Prima est. Olim si exheredato, aut quisquis est qui de inofficioso agere poterat, minus portione legitima relictum esset, licebat a repudiato legato agere querela inofficiosi: cui tunc erat locus, cum tota legitima relicta non erat. *Inst. de inoff. test.* Hodie cui quid testamento datum est, etiamsi minimum, statim querela excluditur, tantumque hoc ei relinquitur superiore lege Iustiniani, ut admisso legato possit agere, ut quod legitimæ portioni deest, suppleatur. *d L. omnimodo*. Secunda differentia hæc. Olim qui sibi legatum quanvis minimum agnovisset, excludebatur quidem querela, uti & nunc. *L. si pars, §. 1. D. de inoff. test.* sed hoc amplius etiam omni alia petitione ad legitimam pertinente. Nondum enim actio ista ad supplendam legitimam a Iustiniano erat prodita. Hodie qui legatum infra legitimam portionem sibi relictum agnovit, sic excluditur querela inofficiosi, ut a petitione reliqui, quod legitimæ deest, [3] non excludatur, nisi aperte professus sit se relicto contentum, omnem de reliquo quæstionem remittere. *L. si quando, §. ult. C. de inoff. test.* Tertia differentia. Olim qui sibi legatum agnovisset, si id rogatus esset alii restituere, eo restituto non prohibebatur agere de inofficioso. *d. L. 10. in fin. D. de inoff.* Quippe tum valebat fideicommissum, quo exheredatus oneratus fuerat. Non videtur autem quis cepisse, quod alii restituturus est. *L. 71. D. de verb. signif.* Nunc autem commutata a Iustiniano superiore ratione, qui legatum habet etiam quod restituere iussus est, a querela excluditur. Non sane quod non recte dicatur, sitque perpetuum, accipi non videri, quod restituendum est; sed quod exheredato legatum alii restituere rogato, effectum est alia constitutione Iustiniani, ut id onus de legitima portione subducatur, perindeque habeatur, quasi usque ad modum legitimæ, nec restituere rogatus esset. *L. quoniam in prioribus, C. de inoff. test.* Unde fit illi alteri eiusdem imperatoris constitutioni locus, ut cui quid simpliciter legatum est, is sive agnoverit, sive repudiaverit legatum, a querela excludatur. *d. L. omnimodo*. Quæ omnia huc redeunt denique, ut probent, quod supra posui, quodcunque & quantumcunque legatum sit filio exheredato, sive qui de inofficioso alioqui queri poterat, eum iam inde a principio querela excludi ipso legato, non legati huius agnitione, ut qui excluderetur, etsi legatum repudiasset: denique eum post id legatum nunquam querelam habuisse, quam idcirco dici non possit postea ullo suo facto amittere.

XI. Quod si legatum alii relictum erit, exheredato nihil; hic amplius dicimus, non solum huic exheredato statim a principio querelam nasci, de quo inter omnes convenit, constatque ex eodem. *L. omnimodo, & §. sed hæc ita. Inst. de inoff. test.* sed etiamsi quod alii relictum erat, exheredatus agnoverit, nihilominus eum hac agnitione amittere querelam inofficiosi. Duobus modis fit, ut exheredatus legatum alii relictum & ipse agnoscat, & simul in eo iudicium defuncti: quos modos

3) Wes in *Anth. noviss. C. h. t. n.* 96. Agnitio, ait, iudicii defuncti, quæ querelam excludit, non tamen petitionem supplementi, quia ultima voluntas non est contraria legitimæ, ac ut maxime fit de facto, de iure esse non potest. Convenit Gail. 2. *Obs.* 120. *n.* 11. Et quod acceptatio relicti a patre, non noceat filio, quo minus repleatur, quod deest portioni, etsi testator iussit illo contentum esse, nec dum acciperet, filius protestatus sit, vid. Roder. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. ampliat.* 9. A. Fab. *Cod. suo h. t. Definit.* 10. Confer *supra C.* 4. *N.* 36. Diff. A. Fab. 14. *Err. Prag* 9. sentiens hoc casu querelæ ius esse filio, nec posse ad repletionem agi,

dos obiter tantum supra attigimus. Uno modo, si exheredatus legatario isti legatum petenti se advocatum aut procuratorem in ea caussa præbeat. *L. ult.* in pr. *D. de inoff.* Nam qui legatum petit, etsi alieno nomine, ut procuratores solent, aut petenti eam petitionem defendit, ut advocati, necesse est prius hoc intendat legatum valere: nec potest valere nisi ex utili testamento: ut proinde & hoc necesse sit ante omnia iudicium testatoris in eo comprobari; id autem est agnosci. Atque hac de caussa etiam qui illa fecisset, tanquam qui agnovisset iudicium defuncti, querela excludebatur. *d. L. ult.* Altero modo, si Titio, exempli gratia, fundus Tusculanus legatus sit testamento inofficioso; quem deinde Titius 4 leget exheredato, aut eo herede instituto successionis iure ei relinquat, eumque exheredatus agnoscat. *L. pen. §. ult. L. ult.* in fin. *D. de inoff. test.* Agnitio iudicii defuncti in hac specie intelligitur ex eo, quod exheredatus non potuit istum fundum a Titio legatario utiliter accipere nisi Titius eum suo iure haberet, quem deinde posset in alium transferre: nec potuit Titius eum fundum suo iure habere, nisi utiliter ei esset legatus eo testamento, de cuius iure nunc quæritur. Ita fit, ut qui ius legati in se comprobat, probet etiam in eo a quo caussam habuit: proinde & iudicium prioris illius defuncti, a quo habendi caussa nata est. Ideo & hoc facto exheredatus tanquam iudicio prioris defuncti agnito quanvis ab eo nihil omnino accepisset, non minus olim querela excludebatur, *d. L. pen. §. ult. d. L. ult.* in fin. Quorum utrumque recte olim placebat, ut tum ius fuit de viribus testamenti. Sic enim erat, ut supra dixi, regula iuris, hereditate non adita atque hoc modo evanescente institutione heredis, nihil in testamento scriptum valere. *L. si nemo, 9. D. de test. tut. L. eam quam. C. de fid.* quo efficiebatur non posse legatum ex testamento deberi, quin prius consisteret institutio heredis: ut necesse esset eum qui legatum admitteret, etiam institutionem heredis eodem iudicio comprobasse videri, adversus quam proinde nulla esse posset postea querela inofficiosi.

XII. Postea commutata huius iuris ratio est a Iustiniano, cum de testamento ob præteritionem, vel exheredationem rescindendo agitur. *Novel. ut cum de app. cog. §. sive igitur, & §. iustum,* unde *auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exher.* Cavit enim id quod summatim comprehensum est in ea *auth.* ex caussa præteritionis vel exheredationis irritum fieri testamentum, quod ad institutiones attinet: cætera in testamento scripta, ut legata, valere. Qua constitutione effectum esse apparet, ex caussa præteritionis & exheredationis sic distinctas res esse cœpisse institutionem heredis, & legata, ut possint legata valere, & nihilominus rescindi & inutilis constitui heredis institutio. Hoc iure posito, non dubitabimus consequens esse dicere, eum, qui nulla re sibi a testatore relicta de inofficioso testamento queri poterat, si legatum eo testamento alii relictum agnoscat, nequaquam hac agnitione querelam amittere. Non enim legato comprobato, ideo videri institutionem heredis agnovisse, quasi quam simul probari & valere oportere. Proinde nec prohiberi, pro eo iure quod ante habuit, hanc ipsam institutionem rescindere. Ad eam autem rem valet atque hoc ipsum agit querela inofficiosi. Quod ut ita esse intelligatur certius, sic mecum collige. Ex duabus rebus diversis quarum una sine altera esse potest, qui unam probat, non ideo intelligitur probare alteram, quæ cum illo nihil commune aut coniuncti habet. *arg. in L. neque. C. de prob.* At superiore constitutione Iustiniani Novella ex caussa præteritionis vel exheredationis tales res effectæ sunt heredis institutio, & legata testamento relicta; de quibus illa constitutione ita ius esse cœpit, ut & heredis institutio sine legatis esse posset, ut semper antea; *L. 1. D. de her. inst.* & contra legata, quanvis irrita facta heredis institutione. Quare qui legatum eo testamento alii relictum agnovit, probavit, non ideo heredis institutionem, quæ nihil commune habet, quæque ad vim legatorum nihil pertinet, agnovisse aut probasse intelligitur. Quod si non agnovit institutionem exheredatus, cui alioqui relictum nihil erat, non potest omnino dici agnitio institutionis illi obstare, quominus omni iure suo quod prius habuit, ad eam institutionem rescindendam recte utatur: atque in eo iure est que-

4) Quod Connan. 9. *Comm.* 9. n. 8. sic intelligit, si ante agnitum legatum, decesserit legatarius arg. *L. pen. §. 2. h. t.* verbis *iure suo*. Ex quibus probat, si post agnitum legatum, mortuus legatarius, filium non repellendum a querela, quia habeat legatum, non ut ex testamento patris, sed ex successione legatarii, ipsius iam effectum. Quæ vix probanda. Cum legati a defuncto non agniti nulla petitio sit heredi. Et verborum *iure suo* sensus alius: Nam si heres heredis scripti iure hereditario ex huius successione possideat hereditatem: nihil est, quod querelam petat &c.

querela. Ne quis hic nobis obiiciat, cum exheredatus alterius nomine legatum petit ab herede scripto, videri eum agnoscere heredem pro herede, quasi non possit utiliter ab eo legatum peti, nisi ille vere sit heres. Non enim ita est. Petitur hoc legatum ab herede scripto, non utique ut omnimodo id præstet suo nomine, tanquam vere heres: sed disiunctim, aut ut præstet suo nomine, si quidem eventu apparuerit eum utili testamento scriptum; aut si constabit eum heredem non esse, ut præstet nomine alieno; vel suo quidem, non tamen quasi heres, sed quasi qui negotium hereditatis gerat: dum de inofficioso testamento disceptatur, & pendet utrum vere heres sit, necne.

XIII. Quod in legato alii relicto recipimus, ut hoc agnito non ideo exheredatus adversus heredis institutionem, quam non aperte agnovit, querela excludatur; non minus probandum est in his quæ mortis caussa capit exheredatus, si his accipiendis legatum tantum agnoscit, non etiam aperte heredis institutionem. Finge testatorem, qui filium exheredaverat, legavisse fundum Titio sub conditione, si decem exheredato daret. Hæc decem data conditionis implendæ caussa si exheredatus accipit a legatario, fine dubio agnoscit iudicium defuncti in eo legato, dum ita accipit, ut probet legatum, & velit id conditione impleta ad legatarium pertinere, quam ob caussam etiam olim querela excludebatur. *L. Papinianus*, *§. si conditioni*, *D. de inoff. test.* Hodie ex superiore illa constitutione dicemus; exheredatum cui testamento relictum nihil erat, secure ea decem accepturum, ut legatum debeatur Titio, neque ideo querela excludatur ad rescindendam heredis institutionem, quam legatum probando non idcirco videri debet comprobasse: quod superiori constitutioni consequens esse paulo ante ostendimus.

XIV. Tempore querela inofficiosi amittitur, si quis de inofficioso intra [5] quinquennium non egerit: quod tempus huic actioni præstitutum est legibus *L. si quis filium*, in fin. *C. de inoff. test. L. 2. C. in quib. cau. in int. restit. nec. non est*, estque id ius vetus, cuius iudicium est in *L. Papinianus*, in fin. & *L. seq. D. de inoff. test.* Hoc quinquennium placuit Iustiniano non computandum a morte testatoris, ut Modestini sententia fuit, sed ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem, quam ille edita constitutione nominatim confirmavit. *L. pen. §. ult. C. de inoff. test.* Et merito hanc sententiam potius probavit Iustinianus. Nam, ut supra suo loco diximus, querela inofficiosi ante aditam hereditatem [6] non nascitur. *d. L. Papinianus*, *§. si conditioni*, quippe cum ante possit testamentum alio iure, quam querela inofficiosi infirmari: puta repudiatione heredis, quo casu constat querelam cessare. *§. tam autem*, *Inst. de inoff. test.* Est autem periniquum, non agenti cedere & nocere id tempus, quo is etiam, si vellet agere non posset, ut ab eodem Iustiniano bene scriptum est in *L. 1.* in fin. *C. de annal. exc.* Quid ergo, si heres scriptus moretur aditionem, atque ita fiat, ne exheredatus agere possit de inofficioso? Cavit Iustinianus eadem illa *L. pen. §. ult. C. de inoff. test.* quod hic sequeremur. Non denegavit tempus heredi ad deliberandum de adeunda hereditate, quod esset iniuriosum: sed ne nullo certo constituto, heres rem pro arbitrio extraheret, certum & moderatum [7] præfinivit, & si heres scriptus, itemque exheredatus in eadem provincia degerent, sex menses præstituit: si in diversis provinciis, annum. Quid, si ne intra hoc quidem tempus heres hereditatem adierit? Nihil adiecit Iustinianus, quod hic fieri oporteret. Sed cum dicat se hoc spatium constituere intra quod necesse habeat heres scriptus hereditatem aut adire, aut repudiare; & adiiciat expeditum inde tractatum filio induci ad querelam movendam; hinc non difficile est intelligi, quid velit. Nempe ergo exacto illo tempore, querelam filio dabimus, qua conventus scriptus

5) Cuius lapsu censeri tacite renunciatum tradunt, cum dici lapsus constituat in mora, quando adiectus a lege, vel homine, P. Greg. 44. *Synt* 4. *n.* 16. Franc de Caldas ad *L. 3. C. de in int. restit. in Defin. v. lapsi. n.* 28. ex lapsu temporis, a lege hinc induci tacitum consensum, cum alias ex eo consensus arguatur in iure quæsito non in quærendo *L.* 28. *pr. de V. S.* Idem tempus iure Saxonico Nec præscriptio tricennalis, ad hanc & similes producenda, P Heig *P.* 1. *Q.* 16. *n* 50. Idem quoque, si per modum exceptionis intentetur, ceu vult Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Brevius hoc tempus, quia remedia rescindentia ea, quæ iure valida sunt, si ex iure prætorio, annalia sunt, vel biennalia, vel quadriennalia. Sin ex civili, quinquennalia Wesenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 62.

6) Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 18. Addit Connan. 9. *Com.* 8. *n.* 7. ne in potestate sit heredis scripti, non adeundo hereditatem, tempus querelæ eximere. Et hæc præscriptio non currit, nisi negligenti. Non vero agere impedito, propter moram alterius iudicii. Ut si lis, prius agitata de solemnibus testamenti tractum temporis habuit, ac interea quinquennium lapsum *L. 16. Cod. h. t.* Duar. *h. t. Cap.* 11. *sub fin.* Quomodo *L.* 8. *§. ult. h. t.* accipit Cuiac. *de Div. temp. præscr. Cap* 24. Sed, vid. *infra Cap.* 10. *N.* 10. Neque qui prius testamentum iniustum *d. L.* 16. vel falsum dixit, ac uti prohibetur *L.* 14. *C. h. t.* vid. Vaud. 1. *Q.* 28. Num vero minori, ipso iure non cursat, an contra id detur restitutio, vid. *infra Lib.* 21. *C.* 9. *N.* 6.

7) Ad quod consule Nicol. Vall. *de Reb. Dub. Tr.* 6. *n.* 9.

ptus heres sciat sibi iam tum hanc necessitatem imponi, ut si nolit id iudicium suscipere, cogatur repudiare hereditatem in præsentia; si non repudiat, cogatur iudicium subire, quasi qui hereditatem adierit. Sic enim expedita res filio inducitur, ut constitutio voluit, ubi filius repudiata ab herede scripto hereditate admittetur ab intestato, neque illi querela erit opus, cum alio iure ad hereditatem veniat: *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* adita autem hereditate ab herede nascetur statim filio querela. Quod ni horum alterutrum ita factum erit, non expedietur res filio, sed eadem difficultas illi perpetuo relinquetur.

XV. Morte eius, qui ad querelam vocabatur, amittitur & finitur querela inofficiosi, non simpliciter, sed ita, si is qui vocabatur, non præparata querela decesserit. Sic enim ius est, ut præparata querela transmittatur ad heredes, atque ita non finiatur decessoris morte: non præparata autem [8] non transmittatur: quæ res facit, ut una quoque cum illo extinguatur: ubi neque iam agere potest, qui mortuus est; neque heredes eius, ad quos querela non pertinet: traditum utrumque *L. si quis filium. L. pen.* in fin. *C. de inoff. test. L. 7. D. eod.*

XVI. Quærendum ergo in utramque partem, quomodo videatur querela præparari, ut si id factum est, transmitti actionem; si non est, morte eius qui agere potuit, finiri dicamus. Et placuit querelam præparari recte videri [9] tribus modis. Uno, & eo proprie citra controversiam, si quis iudicio agere cœperit de inofficioso, & ut veteres loquuntur, si accusationem instituerit de inofficioso, si litem de inofficioso moverit, ordinarit, lite videlicet contestata, & re in iudicium deducta. *L. 6. §. ult. L. Papinianus*, 8. in pr. *D. de inoff. test.* Altero, si vel comminatus sit tantum accusationem, ut non ad libelli usque dationem, sed ad denuntiationem dumtaxat procederet. Tertio si de inofficioso acturus bonorum possessionem apud magistratum quemlibet agnoverit. Indicantur hi modi pluribus, sic tamen ut sit hæc summa, in *d. L. 6. §. ult. L. quemadmodum*, 7. *D. eod.*

XVII. Ac bonorum possessionis ad eam rem comparatæ, etiam mentio est in *L. 2. C. eod.* Estque hæc illa, quæ dicitur agnosci litis ordinandæ gratia, in *d. L. Papin.* in pr. *eod.* Unde quæsitum est, quodnam hoc genus esset bonorum possessionis, nec abs re: videri enim potest totum hoc repudiari ea divisione iuris, quæ tradita est de bonorum possessionibus in *§. sunt autem, Inst. de bon. poss.* Sic enim est ea divisio, ut omnis bonorum possessio sit aut ex testamento, aut ab intestato: ex testamento duplex, secundum tabulas, & contra tabulas: ab intestato autem illæ ordine, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & quæ sequuntur, ad cognationem non pertinentes. Porro ad nullum istorum genus referri posse videtur ista bonorum possessio, quam querelæ præparandæ caussa agnosci volumus. Illud constat non esse ex testamento. Non enim potest esse secundum tabulas testamenti ei, qui tabulis exclusus est. Non est contra tabulas: hæc enim nec parentibus competit, nec fratribus. Competit quidem liberis, sed non exheredatis. *L. non putavit, D. de bon. poss. cont. tab.* Denique de his agimus, quibus querela inofficiosi competit, hæc cum bonorum possessione contra tabulas, aut ullo alio remedio iuris non concurrit. *L. si ponas*, in prin. *D. de inoff. test. §. tam autem, Inst. eod.* Rursum non videtur ulla esse posse bonorum possessio ab intestato ei, qui de inofficioso queritur: prohibente regula iuris, quæ dictat, quamdiu ex testamento adiri potest hereditas, tamdiu ab intestato non deferri. *L. quamdiu*, 1. *D. de acq. her.* In proposito autem, quamdiu pendet, an testamentum tanquam inofficiosum rescindi possit, tamdiu pendet, an ex testamento adiri possit hereditas. Quo efficitur, ut tamdiu non sit caussæ intestati locus. Qua obiectione victi interpretes eo delati sunt, ut faterentur hanc possessionem ad superiorem divisionem non pertinere: eoque ordinariam bonorum possessionem hic non agnoscentes, novum id genus & extraordinariæ bonorum possessionis esse dicerent, ad præparandam querelam comparatum: inde & proprium nomen habere: dici enim bonorum possessionem quæ agnoscatur litis ordinandæ [10] gratia. Atque hinc etiam longius provecti multa de ea specie commenti sunt.

XVIII.

8) Ratio, quia non constat quæ fuerit voluntas eius, cui querela competit, anne eam movere voluerit, an exemplo Aphroniæ illius, de qua Valer. *Lib. 7. C. 8.* testamentum parentis, patientia honorare, quam iudicio convellere sanctius duxerit; in dubio interpretatio pro testamento, Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 4. Aliter Cuiac. 14. QQ. *Papin. ad L. 15. §. 1. h. t.*

9) Duar. *h. t. C.* 8. *fol.* 178. Præparatur, si aliquid facit, ex quo appareat, hanc iniuriam noluisse condonare defuncto, sed potius voluisse eam persequi, ac testamenti rescissionem petere.

10) Accurs. *in d. §. 1.* hanc dari emancipato, postumo alieno, & cognatis, qui iure civili non admittebantur. His signum aliquod a prætore datum fuisse, annuli, vel

XVIII. Sed quid tergiversamur? An ignota est superior divisio bonorum possessionis? Quod si ea certa est, an ignoramus satis nos ea refelli, si quam bonorum possessionem, quæ non sit in eo numero invehimus? Tum autem ubi tandem extraordinariam istam bonorum possessionem edicto propositam legimus, etiam tum, cum de omnibus proponendis ex professo agitur, sive in Pandectis, sive in Codice? Adde, quod hæc bonorum possessio, cum de querela præparanda agitur, simpliciter bonorum possessio nominatur, & sine adiuncto, diciturque agnita prodesse ad querelam præparandam. *L. 6. §. ult. L. 7. D. de inoff. test. L. 2. C eod.* Quod certe non fecissent veteres, si hic novum aliquod genus bonorum possessionis intelligere voluissent. Ne laboremus. Ordinaria est & hæc ipsa bonorum possessio, & ex genere eorum, quæ superiore divisione sunt comprehensæ. Est enim bonorum possessio, quæ [11] agnoscitur ab intestato; liberis exheredatis, *unde liberi*; parentibus præteritis, *unde legitimi*; fratribus præteritis, *unde agnati*, vel *unde cognati*. Diximus enim initio querelam esse petitionem hereditatis, qua petitur hereditas tanquam ab intestato delata. Idque necesse est ita accidere, cum per querelam rescisso testamento fiat paterfamilias intestatus. *L. 6. §. 1. D. de inoff. test.* Nihil ad rem pertinet, quod quamdiu ex testamento defertur hereditas, tamdiu ab intestato non defertur. *d. L. tamdiu, 1. de acq. her.* Non enim defertur ex testamento ea, quæ inofficioso testamento defertur, ut aliquoties iam diximus. Et quamvis priusquam de testamento pronuntiatum est, pendeat, an testamentum tale sit, necne; tamen postquam pronuntiatum est testamentum esse inofficiosum, retroversus hoc evenit, ut videatur paterfamilias iam a principio intestatus decessisse, quasi qui demens testamenti factionem non habuerit. *d. L. 6. §. 1. L. qui repudiantis, §. 1. D. de inoff. test.*

XIX. Illud notandum, habere hanc bonorum possessionem ab eo qui ad querelam vocabatur rebus integris agnitam hæc commoda duo. Unum, cuius caussa potissimum nunc ingeritur, quod qui agnovit, is sine ulla etiam denuntiatione adversus heredem scriptum emissa hoc consequitur, ut videatur querelam [12] præparasse: merito: sic enim declarat, se de hereditate ad se transferenda & obtinenda cogitare: quod sane non aliter consequi potest, quam querela perlata, ad quam idcirco se eadem illa agnitione parasse intelligitur. Atque hinc est etiam, quod dicitur, ea bonorum possessio agnosci litis ordinandæ gratia. *d. L. Papinianus*, in pr. Litis, accipe de inofficioso. Agnoscit enim ea gratia, ut litem ordinet & instituat postea de inofficioso, quo sic deinde ipsam possessionem re ipsa nanciscatur, quam verbis tantum amplexus fuerat. Alterum commodum est hoc ipsum, quod iam dixi, quod cum exheredatus in querela obtinuerit, efficietur re vera illius bonorum possessio, cuius acquisitio prius pendebat ex eventu litis de inofficioso: ut iam illi nova agnitione opus non sit ad bonorum possessionem acquirendam, quæ iam ante illi agnita fuerat, ac nunc impedimento sublato satis eventu confirmata. Pendere quidem aditio hereditatis non potest; sed aut statim utilis est, si statim acquiritur hereditas, aut statim inutilis, si non acquiritur. At potest pendere agnitio bonorum possessionis, ut agnita bonorum possessio non continuo acquiratur, sed cum apparuerit non obstare id, quod obstare videbatur. *L. 6.* in pr. *D. de acq. her.*

L. 3.

vel alterius rei, ut a prætore agnoscerentur & admitterentur, ceu refert & refellit Camil. Plautius *ad Rub. C. qui admitti Lib. 1. n. 9. & seqq.* Duar. *h. t.* C. 8. *f.* 178. Quia petitio hereditatis datur heredi, vel qui eius loco; idcirco hæc non necessaria in suo *L. 7. h. t.* cui nec aditio: Sed in emancipato, ut videatur heres esse. Sicuti aditio necessaria petituro hereditatem, via ordinaria, ita hæc, actione de inofficioso. P. Pithæ. *in not. Lib. 16. Collat. LL. Mosaic. pag.* 117. Emancipato, ait, hæc necessaria, qui frustra intestatum patrem faceret, nisi ab intestato ipse rem habiturus, quod solo prætoris beneficio, per bonorum possessionem consequi potuit. add. Gilb Reg. 1. *Enant.* 17. Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 5. vult esse contra tabulas. Sed, *ibid. n.* 6. non veram, sed imaginariam tribuisse possessionem, ut esset, qui eam haberet, querelæ exercendæ idoneus, tanquam in ea iam hereditate ius aliquod obtineret. Quæ possessio, ait, accipiebatur in speciem veræ aditionis, & possessionis. Nec per eam, a scriptis lite pendente possessio auferebatur. *L. 2. C. h. t.* Sic Alciat. 8. *Parerg.* 24. verbalem hanc fuisse bonorum possessionem datam exheredato, ne quod ei præiudicium exheredatio faceret; sed perinde esset, ac si is, in quasi possessione sui iuris esset, licet rerum possessio, in eum non translata censeretur. Gilken. *in d. L. 2. C. h. t. n.* 6. Cum exheredato iure civili adire non liceat, nec bonorum possessionem veram nancisci: ad similitudinem tandem aditionis, vel efficacis bonorum possessionis hoc extraordinarium genus inventum, ut sit aliquod inchoandæ litis fundamentum, cui petitio hereditatis, ex inofficiosi caussa innitatur, ac Petr. Barbosa *ad L. Lucius* 38. *D Sol. matr. n.* 11.

11) Consentit Cuiac. *in Nov.* 18. Gnvean. 2. *Var. Lect.* 6. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 77. Camillus Plautius *ad Rubr. C. Qui admitti Lib. 1. n.* 18. *& seqq.* probans hanc non esse novam speciem, quia nullus de ea specialis titulus. Finisque huius, ac effectus, ut ordinetur, ac præparetur lis, non constituit speciem peculiarem, nec litem præparat, sed intentionem hoc agentis, ut præparet, ostendit.

12) Diss. Camill. Plautius *d. Lib. 1. n.* 22. sic exponens *L. 8. pr. vers sequenti h. t.* Quod non huius bonorum possessionis petitio præparet, ut transmittatur, etsi inde animus ordinandi litem appareat. Sed male, per *not. supra N.* 9. Plura de hac bonorum possessione Vasq. *Lib. 3. de Success. creat.* §. 30. *n.* 146. *& seq. & n.* 155. *& seqq. ac Lib. 3. de Success. Resol. in L. quamvis* 32. *C. h. t. passim.*

L. 3. *§. acquirere*, *D. de bon. poss. L. ult. C. qui ad. ad bon. poss. poss.*

XX. His modis cum querelam præparari dicimus, nempe hoc dicimus ex contrario, si quid eorum factum non erit, præparatam querelam non videri. Atque hoc tempus est, cum locus fiat superiori sententiæ, qua placet querelam non præparatam ad heredes non transmitti, atque hoc modo morte eius qui ad eam vocabatur, finiri. Fuitque hæc sententia olim perpetua.

XXI. Una species excepta est a Iustiniano; qua sola excepta, in cæteris partibus regulam confirmari intelligemus *L. quæsitum*, *§. idem respondet*, *domo instructa*, *D. de inst. vel inst. leg. L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Ea species est, [13] cum filius defuncti exheredatus ante aditam intra tempus præstitutum hereditatem decessit, relictis liberis. Hoc casu, inquam, voluit Iustinianus filium huiusmodi querelam, licet se non præparaverit, ad suam posteritatem transmittere. Ne sit ergo filius, qui ad querelam vocabatur: quanvis is decedat ante aditam hereditatem: querelam non præparatam non transferet ne ad posteros quidem. Idem dicemus, etsi filius erit is, qui non præparata querela decedat, si aut non relinquat posteros, aut decedat post aditam ab herede scripto hereditatem: quo scilicet tempore movere potuit querelam exinde illi natam, & sibi imputare debuit, qui cum posset omnibus modis superioribus querelam præparare, id facere neglexerit:

13) Recte, Convenit Chiflet. *de Part. legit. Cap.* 10, *pag.* 790. Petr. Gregor. 44. *Synt.* 4. *n.* 20. Roderic. Suarez. *in Repet. L. quoniam* 32. *C. h. t. ampliat.* 16. *n.* 8. Exæquatio enim adscendentium, & descendentium *Nov.* 115. facta, in potestate rumpendi, non transmittendi. Specialitatis ratio videtur in amore, quo filios, & nepotes prosequimur. Facilius acquieturus iudicio defuncti creditur, cui non sunt futuri liberi heredes. Quin & regulæ, quod ad liberos transmittatur, duas conditiones perfert P. Greg. (1) Si modo, qui decessit, non potuit præparare, quia nondum adita hereditas. (2) Si liberi heredes quoque sint morientis, & transmittentis, quia ex ipsius persona tantum venire possunt. Et convenit Cuiac. 14. QQ. *Papin. ad L.* 15. *§.* 1. *h. t.* At contra Suarez. in *d. L.* 32. *ampliat.* 10. *n.* 55. nec quæ lapsu temporis *d. L.* 34. *in f.* omissa est transmitti, nec quæ non competiit filio, seu nondum nata. Nascitur autem post aditionem, ut *supra C.* 4. *n.* 16. Et quod sive nata sit, sive non nata, transmittatur, Rubeus ad *L.* 14. *h. t. C.* 9. *n.* 12.

C A P. VII.

Inofficioſo teſtamento adverſus liberos, parentes, fratres ſimul conſtituto, quis ex his cui præferatur ad querelam movendam: & priore cui competebat, deficiente, an ſequens ad eam admittatur.

Tranſitio. Habetur in querela inofficioſi, cum pluribus competit, inter hos ordo & ſucceſſio. I.
Ordo. & ſucceſſio eadem, quæ venientium ab inteſtato. II.
Ideo præferri defuncti liberos patri; hunc admitti, illis aut non agentibus aut excluſis. III
Exponitur L. nam etsi, *in princ.* D. de Inoff. Teſtam. IV.
Definitio generalis: ut in querela recuſante, aut excluſo priore, ordine ſequens admittatur. V.
Ideo admitti veteri ac novo iure ad querelam nepotem, ſi pater huius aut nolit aut non poſſit ipſe querelam movere. VIII.
Contrariis occurritur. VI. IX. X.
Interpretatio L. ſi quis filium C. de Inof. T. *vulgo interpretum operoſa, commode ab auctore expeditur* VII. XI.
Concluſio. XII.

I. His de teſtamento impuberis & militis, tum de querela inofficiosi amittenda cognitis, habemus exceptiones eas, quibus fieri diximus, ne competat querela liberis, parentibus, fratribus, quanvis inofficioſo teſtamento adverſus eas perſonas conſtituto; sive quod ab initio his querela inofficiosi non detur, quod facit conditio perſonæ teſtatoris, ut impuberis, & militis: ſed quod iure delata poſtea amiſſa ſit, quod ſuperioribus quatuor modis proxime expoſitis contingit. Quas ſi exceptiones eum regula communi coniungere, & unum in locum conferre volemus, licet iam paucis ſummam colligere de iis, quibus inofficioſi querela competat; ut definiamus hanc competere iis quos diximus, liberis nimirum, parentibus, fratribus, conſanguineis, ſi teſtamentum adverſus eos inofficioſum ſit, & neque de impuberis, aut militis teſtamento agatur, nec quæ ab initio competere aut poſſe competere cœperat querela amiſſa ſinitave ſit. Sententia vera & perpetua ſi modo ſinguli iſti quos diximus, ſoli ſint inofficioſo teſtamento excluſi. Ut puta, competet liberis ſuo cuique gradu, ſi ſoli teſtamento excluſi ſunt: competet parentibus, ſi ſoli excluſi parentes: competet fratribus eodem modo. At quid fiet, ſi ut ſæpe ſolet, defuncto ſimul ſint liberi, parentes, fratres, & his omnibus vel præteritis immerito, vel immerito exheredatis teſtator decedat, ut ſimul adverſus iſtos omnes teſtamentum efficiatur inofficioſum? An ſimul concurrent omnes ad querelam, ut de inofficioſo queri poſſint, an vero aliqui tantum admittentur, qui præferantur cæteris? Quod poſterius ſi ſit, neceſſario hic rurſum duplex inducetur quæſtio: prior, quis cui præferatur: ſequens altera, ſi is qui primus admittebatur, ad querelam, non venerit, an ſequens admittatur. Et in ſumma duo ſunt in hac re ſpectanda, quæ propriis nominibus notarunt veteres, ordo, & ſucceſſio. Ordo, ut quæratur, quo quiſque ordine vocetur ad querelam, & in eo quis cui præferatur. Succeſſio, ut quæratur, an primo deficiente ſequens admittatur, ut fiat ſucceſſioni locus, quomodo Paulus loquitur in *L. pen.* in princ. *D. de inoffic. teſtam.* id eſt, ut ſequens in prioris deficientis locum ſuccedat. De quibus etiamnum reſtat ad hunc locum explendum, ut breviter cognoſcamus.

II. Ac de re tota breviter ita ſtatuendum eſt. Querela inofficioſi teſtamenti, ut initio oſtendimus, eſt petitio hereditatis adiunctam querelam habens, qua petitur hereditas ab inteſtato; ut certe res ad cauſſam inteſtati reditura eſt teſtamento inofficioſo pronunciato. Proinde qui ordo, quæve ſucceſſio ab inteſtato inter liberos, parentes, fratres defuncti futura eſſet, eumdem ordinem, eamdemque ſucceſſionem inter iſtos 1 eſſe oportet ad querelam inofficioſi movendam, quod & placuit.

1) Cuiac. *Conſult.* 6. Non enim legitima debetur parentibus, vel fratribus, quo uſque liberi exiſtunt, cum nec tunc, ſucceſſio inteſtati debeatur. Ergo per ea quæ *ſupra* C. 4. *N.* 25. Chiflet. *de Port. legit.* C. 2. Battand. *Tr. Legitimæ* C. 15. Plane, etſi ab inteſtato una cum parentibus, novo iure, fratres ſuccedant, ius tamen querelæ non ideo habent, niſi quo caſu turpis inſtitutus, ubi ordo parentum, & fratrum hic quoque confunditur, ut Maret. *Tr. Quartar.*

cuit. Ab inteſtato ſi inter iſtos de ordine quæritur, hic ordo futurus erat, ut primo loco liberi ſuccederent defuncto: ſecundus locus eſſet parentibus una cum fratribus defuncti utroque parente coniunctis: tertius fratribus germanis una cum demortui fratris filiis: quartus fratribus altero patre coniunctis, *autheu. in ſucceſſione, Cod. de ſuis & leg. liber. auth. defuncto, C. ad ſenten. Tert. authen. ceſſaute. auth. poſt fratres, Cod. de leg. her.* quæ omnia ſumpta ſunt ex Novella, *de hered. ab inteſt. veuien.* Si quæritur inter hos de ſucceſſione, qua alii in aliorum locum ſuccedunt ad hereditatem occupandam, hæc iam olim ita conſtituta eſt edicto prætoris, ut qui primo loco, primove ordine & gradu vocantur ab inteſtato ad hereditatem, bonorumve poſſeſſionem, hi ſi deficiant, sive quod nolint, sive quod non [2] poſſint ad hereditatem venire, ſequentes ſuo quiſque ordine admittantur, atque hoc modo in priorum deficientium locum ſuccedant, eorum locum & ius occupent. Unde & ſucceſſionum edictum appellatum id, quo hæc ſucceſſio poſteriorum admiſſa eſt. *L. 1. D. de ſucc. ed.* Sciamus horum utrumque eodem modo ſervari inter liberos, parentes, & fratres, cum de querela ab his movenda agitur tunc, cum hi simul omnes eodem teſtamento pariter exclusi ſunt ita, ut si singuli ſoli eſſent, his competeret querela inofficiosi.

III. Id, cum expoſitum ſit luculenter a Papiniano in eo exemplo, quod proponitur in *L. pater*, & *L. uam etſi, ſeq. D. de inoffic. teſtam.* eo exemplo & reſponſo nunc utemur. Exemplum tale: filius emancipatus, qui patrem habebat, & filios duos in poteſtate avi conſtitutos, ambobus filiis exheredatis, patre præterito, vita deceſſit. In quo ſtatim apparet proponi teſtamentum tam adverſus patrem, quam adverſus liberos inofficioſum: ut ſi horum ſinguli ſoli ſint, ſingulis competitura fuerit querela inofficioſi. Quæritur igitur, an quæ ſeparatim competitura eſſet ſingulis, nunc competat coniunctim omnibus, ut & liberi cum patre, & pater cum liberis admittantur ad querelam inofficioſi pro ſua quiſque virili. Et pro certo habet Papinianus non admitti ſimul omnes, ſed eſſe in his, quorum cauſſa ſit prior. Itaque ſequens illa quæſtio eſt, qui hic quibus præferantur. Reſpondet ille in hac ſpecie in quæſtione de inofficioſo teſtamento præcedere cauſſam liberorum: ut ſi hi agere volent, ſoli admittantur ad querelam inofficioſi, ac per querelam ad hereditatem ſoli, excluſo avo, eodemque defuncti patre: qui & ordo futurus erat in ſucceſſione ab inteſtato, ut diximus. Atque hæc quoque pars dubitationem non habet. At fingamus liberos non agere, aut agentibus his contra eos iudicari, ut ſic querela excludantur: an patri dabimus, ut ſequenti loco ad querelam admittatur? Reſpondet Papinianus patrem [3] admitti, & intentionem ſuam, quæ præcedentibus liberis pependerat, nunc ſummotis liberis implere poſſe: quæ illa ſucceſſio eſt, cui in querela itidem ut in ſucceſſione ab inteſtato, locum eſſe diximus: hoc ille in *L. pater, de inoffic. teſtam.*

IV. Obſtabat huic ſententiæ id, quod ipſe dicit in *L. nam etſi, ſeq.* Diceret enim aliquis, neque hic, neque in ulla alia ſpecie etiam tum, cum filio nulli liberi ſunt, debere patri præterito querelam inofficioſi dari. Non enim hæc datur niſi ad obtinendam filii hereditatem: neque porro ad eam rem dari convenit, niſi patri debeatur hereditas filii. Atqui parentibus non debetur filiorum hereditas, inquit Papinianus, propter votum parentum, & naturalem erga liberos caritatem. Propter [4] votum parentum; quia natura parentes optant liberos ſuos ſibi eſſe ſuperſtites, non ſe liberis, eodemque animo

tar. C. 11. n. 5. Qui tamen non recte initio querelam introduxit, quia alii eum præceſſerunt, ſi interim hi tempore excluſi ſint, effectum ſuum habet querela *L. 25. §. 1. h. t.* quia quo tempore, ferenda ſententia eſt, nemo eum præcedit. Connan. 9. *Comm. 9. n. 1.*

2) Quod dubio apud noſtros non caret, an idem ſit, quo caſu non vult ſuccedere, atque non poteſt, vid. Rubeus *ad L. 14. D. h. t. C. 2. n. 16. &c.* 8. *n. 4.* Et in univerſum hæc quæſtio alta, & ſubtilis, ut vocat Gom. 1. *Reſ. 11. n. 21.* de quo Rubeus *dd. loc. & C. 9. at* C. 20. Io. Baſius 2. *Paradox.* 18. *& 2. ſeqq.* & Io. Gut. *L. in repet. d. L. 14. n. 24. & ſeqq* Plane Alciat. 4. *Parad.* 16. in univerſum ſucceſſorium edictum querelæ negat, & *in L. pen. h. t.* ſequentem accipit, in portione repudiata, ſed qui ſimul admitti potuit, ac ſucceſſionem exponit bonorum, quaſi idem ſenſus ſit, qui eſt *L. 23. §. ult. h. t.* Idemque *ad L. 14. h. t.* Reſp. ibi patri querelam concedi, ex perſona nepotis, qui in ipſius poteſtate eſt. Tandem vero *n. 14.* ſucceſſioni in querela, ita locum dat, ſi prior iuſte hereditate excluſus. Quod ſi iniuſte, tranſmiſſionem eſſe, non ſucceſſionem *L. 34. C. h. t.*

3) Tunc enim, qui antea impediebant, pro mortuis habentur, ac paria ſunt non exſtare, vel extare, & non ſuccedere, P. Greg. 44. *Synt. 5. n. 50.* Rubeus ad *d. L. 14.* C. 2. *n. 14.* Non obſtat quod ſcriptus heres, iam iudicio legitimus pronunciatus. Nam id ratione primi querentis, nec ſententia inter alios, ius facit. Obſtat quod iudicio ſuperior filio defuncti, magis pater, *per regulam: Si vinco vincentem te, &c.* Reſp. Hic non eadem vincendi ratio, Filius defuncti, potior patre eiuſdem in eo, quod prior deſcendentium cauſſa. Iudicio autem victus forte ideo, quod iuſte exheredatus, ingratitudine probata. Quæ male merita nepotis, avo non nocere, ſed ipſius merita perpendi convenit. Rubeus ad *d. L. 14 C. 1. n. 7*

4) De quo voto, ſcite Dom. Arumæ. *Lib. 1. Dec. 7. n. 20. & ſeqq.* Celſ. Bargal. *Lib. 5. de Dolo C. 10. n. 26.* Annæ. Rob. 1. *Rer. iudic.* 1. Et parentes dicuntur theſaurizare filiis, non contra 2. *Corinth. 12. v. 14. C. cum Apoſtolus*

bona sua ad liberos pervenire, non liberorum bona ad se redire. Propter naturalem erga liberos caritatem; quia ea caritas est parentum erga liberos insita natura, ut eos unice ament, eoque amore ducti cupiant omnia sua liberorum esse, quæ & in illos conferant, non quæ illorum sunt, velint ab iis accipere. Quare patri præterito querela inofficiosi adversus testamentum filii neque primo loco, neque sequenti post defuncti liberos danda est. Diluit Papinianus obiectionem ad hanc sententiam. Fatendum est non deberi parentibus liberorum hereditatem, si spectemus superius parentum votum, & superiorem caritatem, eveniatque quod illi optant, & vovent liberis. Sed omne hoc votum, omnisque affectus erga liberos semper, ut apparet, hanc conditionem habet, si modo Deus velit servato mortalitatis communi ordine parentes prius decedere, & parentibus superesse liberos. Quod si turbato ordine mortalitatis contra eveniat, ut prius liberi decedant; & cessat iam votum superius, ut proinde non debeat id parentibus obstare, & relinquitur pietatis caussa, quæ efficit, ut non minus parentibus quam liberis pie relinqui debeat, debeaturque adeo his liberorum hereditas. Quod si parentibus pietate exigente non minus relinqui debet; sequitur, ut his testamento liberorum præteritis, factum intelligatur contra officium pietatis, ex quo & testamentum id, quod inde vere dicatur inofficiosum. Quo ita constituto evenire ait Papinianus; non solum ut parentibus præteritis si soli sint, competat adversus id testamentum inofficiosi querela; sed etiam ut si parentes liberi exheredati præcedant, & hi ad querelam non veniant, aut iudicio instituto ab ea excludantur, parentes in deficientium locum succedant, & ad querelam quæ prius pependerat, nunc omni impedimento sublato admittantur. In quo Papinianus & ordinem illum, & illam successionem quam inter superiores personas ad querelam movendam esse dixi, aperte confirmat. Hoc ille in filiis exheredatis & patre præterito respondit. Sed exempli caussa hoc ab illo ita positum est: in quo exemplo consistere non debemus.

V. Generalis definitio est, quam hic tenere debeamus, ex qua & ductum est responsum superius, exstatque in *L. pen.* in prin. *D. de inof. test.* in hæc verba; *si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, placuit sequentem admitti, ut fiat successioni locus:* id est, ut paulo ante sum interpretatus, ut qui posterior est vel ordine vel gradu, in prioris deficientis locum succedat, atque hoc modo quasi prior nunquam obstitisset, ad querelam admittatur: sic enim successionis verbum in hac ordinum & graduum motione accipitur in pr. *D. de succ. ed.* §. *placebat*, *Inst. de leg. ag. succ.*

VI. Sed hæc definitio & sententia superior incidit in difficultatem ex iis, quæ de filio exheredato & nepote præterito veterum scriptis, & constitutione Iustiniani tradita legimus. Nam si superius utrumque illud verum est, conveniebat dici in hac specie; si filius exheredatus, nolit aut non possit, venire ad accusationem, nepotem præteritum sequenti loco admittendum. At videamus, ne veteres hac de re contrarium in *L. si quis postumos*, §. 1. *D. de lib. & post L. si quis filio*, in pr. *D. de iniust. rup.* quibus in locis de omnium prope veterum sententia respondetur, si filius iste exheredatus deliberante scripto herede de adeunda hereditate decesserit, proinde ante aditam hereditatem, eoque & querela nondum mota, ac ne præparata quidem; non tamen ideo nepotem præteritum ruptum testamentum, cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab eo, quem pater præcedebat. Sed vim rupti testamenti, & querelæ inofficiosi parum cognitam

stolus §. *prohibemus de censibus C. prædicator C.* 17. *Q.* 1. Exque naturæ ordine intelligitur supervixisse filius patri *L.* 9. §. *ult. de reb. dubiis* (ad cuius §. conciliationem cum *d. L.* 9. §. 1. vid. Charond. 1. *Verisim.* 21. & confer. Cov. 2. *Var. Resol.* 7. Menoch. 6. *Præsum.* 50. *n.* 25. *& seq.*) Quare cum infelices sint, qui liberos suos ad rogum deflent, ut Quintil. *Declam.* 114. miserationis intuitu, eis defertur successio, in solatium filii amissi, ad leniendum luctum, Unde luctuosa hereditas, triste lucrum, &c. dicitur *L. un. in fin. Cod. de his qui ante ap. tab. L. ult. Cod. de inst. & subst. leg. Cod. comm. de success. L.* 2. *C. Th. h. t. nostro*. Plin. *in Panegyr.* Rob. *d. loc.* Anton. Rubeus *ad L.* 14. *D. h. t. C.* 9. Io. Gutierr. *in Repet. d. L.* 14. *n.* 25. *& seqq.* Battand. *Tr. Legitima Cap.* 14. *n.* 2. *& seq.* Ex verbis autem Papiniani *d. L.* 15. *pr.* parentes eius filio, indigna morte sublato, hoc monumentum posuerunt,

AEMILIO . PAULO . PAPINIANO
QUI . VIX . ANN . XXXVI . M . IV . D . X.
PRAEF . PRAET . IUR . CONS.
HOSTILIUS . PAPINIANUS
EUGENIA . GRACILIS
TURBATO . ORDINE . IN . SENIO.
HEU . PARENTES . INFELICISS.
FILIO . OPTIMO . P . M.
FECERUNT

Ian. Iac. Boissard. *Antiquit. Rom. Parte* 6. *seu Inscriptionum Tomo* 4. *f.* 35. Ita hæc Inscriptio integre reddita ex Ian. Grut. Pag. CCCXLVIII. 8. Edit. Hastelod. An. MDCCVII.

gnitam habet, si quis hic quidquam superiori sententiæ contrarium dici existimat. Filio exheredato præcedente, non rumpitur testamentum præteritione nepotis, quanvis filius ad querelam & hereditatem non venerit morte aut alia ratione exclusus. Quid hic dicitur, quod non item locum habeat filio defuncti exheredato, & patre præterito? Sane enim & hic verum est, quanvis filius nolit aut non possit querela uti: non eo tamen magis præteritione patris testamentum rumpi. Et tamen huic præterito querela datur, semoto prius filio: neque hæc quisquam contraria esse existimat. Cur ergo metuamus fateri, filio exheredato, quanvis is in querela deficiat, non ideo præteritione nepotis rumpi testamentum; & tamen huic nepoti nihil hoc obstare, quominus filio summoto, ipse ad querelam admittatur? Et vero adeo hæc contraria non sunt, ut qui posterius dicit, non modo non neget prius, sed etiam maxime confirmet. Qui dicit testamentum præteritione nepotis aut patris non rumpi, non aliud dicit, quam testamentum his præteritis nihilominus iure ipso consistere, & suas vires habere. Id enim rumpi dicitur, quod in eodem statu manente testatore ipsum per se vitiatur, & nullas vires habere incipit. *Inst. quib. mod. test. infirm.* in pr. & §. 1. Iam vero qui dicit his querelam dari, idem prius illud maxime confirmat, testamentum videlicet nec rumpi, & ipso iure valere. Nam nisi ita consisteret, non esset inofficiosi querelæ locus. §. *tam autem*, *Instit. de inoff. test.* Atenim querela facit, ut testamentum postea rescindatur. Sed non ideo, ut suo loco ostendi, hæc eamdem vim habent, testamentum rumpi, & idem quia inofficiosum sit, querelæ inofficiosi subiici. Nam testamento rupto, statim ius testamenti vitiatur, eoque nec unquam locus est ex eo scriptis heredibus. Querela autem tantum adversus testamentum constituta, cum per se testamentum consistit, tum vero multis modis accidere potest, ne id postea per querelam infirmetur. Quid enim si is qui ad querelam admittebatur, eam repudiaverit, aut iudicium defuncti agnoverit? quid si non egerit de inofficioso intra quinquennium, aut non præparata querela decesserit? quibus omnibus modis querelam amitti constat, atque hoc modo stante testamento manere hereditatem penes scriptos heredes. Manet ergo usque adhuc etiam in specie proposita superior definitio, ut filio exheredato & nepote præterito, si filius ad querelam non veniat, nec repugnantibus superioribus locis nepos sequens ad eam admittatur.

VII. Sed si id superiores loci non negant, at certe non videmur effingere posse, quin diserte & velut ex professo negetur repudieturque a Iustiniano in *L. si quis filium*, *C. de inoff. test.* Nam is de hac ipsa specie loquens, cum posuisset filium exheredatum deliberante scripto herede, eoque non præparata querela, decessisse; ait omne adiutorium nepotem præteritum dereliquisse. Sentit autem Iustinianus de querela inofficiosi, de qua & postea constituit. Itaque hoc dicit: nepotem præteritum in proposito omni querelæ auxilio destitutum fuisse. Ergo & proprio & paterno; scilicet ut ei neque ex persona patris querela competeret, quæ non præparata transmissa non est, neque competeret ex persona sua, quasi qui patre suo amoto in locum eius succederet. Nos autem ex superiore definitione illi propriam ex sua persona competentem querelam damus. Idem in extremo eiusdem legis eamdem sententiam de omni querela isti nepoti denegata confirmans, scribit eum nepotem a vetustate neglectum fuisse, a se autem recreatum. Quid est, eum a vetustate neglectum esse, nisi eum a veteribus nullum plane auxilium ad rescindendum testamentum accepisse? Sed quo magis contrariam hanc constitutionem superiori definitioni dicas, non tantum Iustinianus ait, filio exheredato deficiente, nepotem præteritum sequentem olim ad querelam admissum non esse, ut esset successioni locus; sed etiam hoc idem constitutione sua confirmat. Nihil enim de querela nepoti præterito ex persona eius danda constituit; sed tantum de querela filii exheredati quanvis non præparata ad nepotem transmittenda. Nam & de filio, qui querela non præparata decesserat, posita erat initio quæstio; & de quæstione postea respondens, iubere se ait ut licet præparatio a filio facta non sit, ad querelam instituendam; tamen possit nepos eamdem caussam proponere, ex persona tamen patris; a qua ideo vult nepotem excludi, si aut probetur pater nepotis ingratus fuisse, aut legitimam relictam habere, aut querelam competentem iustis modis amisisse. His verbis victi plerique non ignobiles interpretes & veteres, ut Azo, & recentiores, concesserunt in specie proposita nepotem istum præteritum, quamvis filio exheredato deficiente, ad querelam ex sua persona neque olim admissum esse; neque nunc ex constitutione Iustiniani admitti. Quibus cum defini-

finitio superior obiicitur, alii respondent, ut Azo, definitionem accipiendam de sequente, qui cum primo eodem gradu est; ut fit in exemplo Papiniani, cum exheredato filio deficiente pater præteritus admittitur. *d. L. pater. de inof. test.* alii ut Fulgosius & Iason, scriptam esse de primo, cui querela prius delata erat, a qua postea excidit. In specie autem *L. si quis filium, C. de innoffic. testa.* proponi filium exheredatum nondum adita hereditate ab herede scripto, quo tempore nondum querela nata erat, decessisse. In eo porro cui querela nondum delata erat, si is defecerit, successorio edicto seu successioni locum non esse. Sed nimis multa sunt tum in scriptis veterum, tum in ratione æquitatis quæ isti sententiæ adversantur, quam ob caussam & illa optimæ ac saniori parti 5 interpretum repudiata est, contraria recepta, nepotem hunc de quo quæritur, remoto filio exheredato, ex iure vetere succedere in locum patris, & ad querelam admitti: quæ & sententia verissima est. Sed laborat, cum ventum est ad explicationem *d. L. si quis filium.* In qua vere quod proverbio dicitur, eius sententiæ defensoribus aqua hæret. Ex quo alii obiectionem dissimulant, ut licet in Bartolo agnoscere ad *d. L. si quis filium, & L. pater, D. de inoffic. testam.* alii ingenue fatentur, se obiectionem solvere non posse, ut Paulus Castrensis. Retinenda tamen nobis sententia est, qua cum putem nihil verius, danda est nobis opera, primum ut ea certo confirmêtur, ne facile posthac patiamur eam nobis eripi e manibus: sic deinde *d. L. si quis filium*, quam commodissime potest, respondeatur.

VIII. Licet ergo sine hæsitatione ita statuamus; quemadmodum filio exheredato & patre præterito, si filius a querela excidat, sequens pater ad eam admittitur: ita exheredato filio, & nepote præterito, si filius similiter ad querelam nolit, aut non possit venire, sequentem nepotem ad querelam admitti, & vetere iure, & novo, idque ut patet ex sua ipsius persona. Huius sententiæ argumenta hæc sunt. Primum illud. Generalis, ut dixi, definitio illa est: *si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, sequentem admitti, ut fiat successioni locus, d. L. pen.* in prin. *de inoff. testam.* Atqui filio exheredato & nepote præterito, primus est filius exheredatus qui ad querelam admittitur; filium sequitur nepos, cum agitur de successione ab intestato. Quapropter ex superiore definitione omnino est, ut filio exheredato a querela remoto, nepos sequens admittatur. Secundum argumentum, quo & Bartolus utitur, huiusmodi est, filio exheredato deficiente, pater sequens præteritus admittitur, auctore Papiniano. *d. L. pater, D. eod.* Et dubitemus exheredato filio deficiente, nepotem sequentem præteritum debere admitti: cum in successione præcedat caussa liberorum, eodem Papiniano ibidem diserte confirmante? quæ & iuris explorati constitutio est. §. 1. *Inst. de her. quæ ab int. defer. auth. in successione, C. de suis & leg. lib.* Tertium argumentum ex Papiniani ratione. Ille scribit filio exheredato deficiente, patrem præteritum ad querelam admitti, hac ratione, quod remotis liberis non minus pie parentibus relinqui debet. *d. L. pater, & L. nam etsi, De inoff.* Quanto ergo citius ista ipsa ratione dixerimus, filio exheredato deficiente nepotem præteritum ad querelam admittendum: cum pietatis ratio efficiat, ut prius liberis debeat relinqui, nec unquam necesse sit relinqui parentibus, nisi prius sublatis aut exheredatione summotis liberis? *d. L. nam etsi.* Nemo autem ignorat nepotes & deinceps descendentes liberorum appellatione contineri. *L. liberorum, D. de verbor. sign.* Quartum & postremum argumentum. Si post filios secundo loco nepotibus pie relinqui debet, & quidem prius quam parentibus: necesse est, si avus exheredato sine iusta caussa filio, & nepote præterito decesserit, utrumque contra officium pietatis factum videri, eoque tam adversus nepotem, quam adversus filium testamentum constitui inofficiosum: & quidem multo citius, quam exheredato filio, & patre præterito testamentum adversus utrumque esse inofficiosum dicimus. Quamobrem & illud omnino necesse est, summoto prius filio exheredato, deinceps suo ordine nepoti querelam inofficiosi dari, similiter ut liberis remotis patri præterito daremus, nisi quid aperte afferatur, cur isti nepoti dare non debeamus. Quod si nihil affertur, ac nec potest, nihil relinquitur omnino, nisi ut ei itidem ut patri, quod suum est,

5) Cum quibus & Anton. Rubeus ad *L. 14. D. h. t.* Io. Gutier. *in Repet. d. L. 14. n. 25. & seqq.* Roderic. Suarez. *in Repet. L. quoniam 32. Cod. hoc tit. amplias. 10. n. 56. & seqq.* ubi *n.* 60. Baldi restrictionem non probat, quod si filius exheredatus approbaverit testamentum, atque ob id a querela exclusus, per ea quæ *supra C. 6. N.* 4. querela a sequenti, nepote, &c. moveri nequeat. Et communem fatetur, etsi pluribus argumentis impugnet Gomez. *1. Res. 11. n. 21.*

est, demus. Atqui nihil huiusmodi afferri posse, quod nepoti obstet, enumeratione eorum, quæ contra dici possunt, & ab aliis quibusdam obtendi solent, non difficile intelligetur.

IX. Quid ergo dicemus huic nepoti obstare? An quod filius exheredatus eum tempore mortis avi præcessit? Atqui definitio iuris diserte de his scripta est, quos alii antea præcesserunt, quibus summotis placet sequentes admitti. Sed & in specie Papiniani exheredatus filius patrem præcessit. Neque tamen exheredatus exclusus patri præterito obstat, quominus sequenti loco admittatur, *d. L. pater, de inoff. testamen.* An potius, quod filio exheredato, eodemque a querela excluso, in huius quoque persona omnes eius liberi exclusi existimandi sunt, quia a patre tanquam a capite suo pendent, & ius omne suum ducunt; quod non item fit in filio exheredato, & patre defuncti præterito, quoniam avus a nepotis sui persona non pendet? Nullo vero modo id dici potest. Nam si filius sine caussa exheredatus est, absurdum fit eius exheredationem alii nocere, quæ exheredato ipsi non noceret. Nam quomodo pœna exheredationis a filio in alium transeat, quæ a filio non cœpit? Sed etsi merito sit exheredatus filius, tamen non ideo eam exheredationem nepoti nocere debere dixeris. Non enim quisquam alieno odio prægravari debet: non certe filius odio patris, cum de successione matris; non nepos odio filii eiusdemque patris sui, cum de hereditate avi agitur. *L. si quis suo, §. ult. C. de inoffic. testam. L. 3. §. si emancipatus, 1. D. bon. poss. cont. tab. C. non debet, de reg. iur. in* VI.

X. An vero dicemus id, quod Azo, hunc nepotem filio exheredato a querela remoto ideo ad querelam non admitti, quia secundo gradu est ab eo qui deficit; aliter atque pater præteritus, qui est eodem gradu cum filio; unde & filio exheredato deficiente ipse admittitur? Sed non tam falsa hæc ratio est, quam inepta. Falsam quidem esse constat. Est enim definitio iuris concepta generaliter, si is qui primo admittebatur ad accusationem, deficiat, sequentem admitti, *d. L. pen. D. de inoff. testam.* Sequens maxime is est, non qui eodem gradu est cum primo, sed qui [6] secundo, ut nepos. Verum ut nulla sit definitio huiusmodi, est ipsa certe ratio per se ineptissima. Nam ut quis in præcedentis deficientis locum succedat, quid ad rem quæso, gradus facit, dummodo constet eum, qui secundo loco admittitur, sequentem & secundo loco esse a primo, ut fiat successioni locus? Et certe cum in *L. pater, eod.* Papinianus dicit filio exheredato deficiente patrem præteritum admitti, non reddit hanc rationem, quod pater defuncti eodem gradu sit cum defuncti filio, sed quia parentibus non minus quam liberis pie relinqui debet. *L. nam etsi* seq. Quæ sane ratio ostendit nullam hic gradus; sed solum pietatis haberi rationem. Jam autem ostendi si quid pie relinquendum sit, potius pro officio pietatis relinquendum liberis, id est, filiis & nepotibus, quam parentibus. An etiam, quod restat, dicemus id, quod Fulgosius & Jason, ideo nec in specie *L. si quis filium, C. de inoff. test.* neque adeo in specie *L. si quis postumus, de lib. & post.* & *L. si quis filio, D. de iniu. rup.* filio exheredato nepotem præteritum in sequenti loco ad querelam olim admissum esse, aut nunc admitti, quia in omnibus his locis proponatur filius deliberante scripto herede, eoque nec delata querela decessisse: sic autem ius sit, ut querela non delata, si primus defecerit, non sit successorio edicto, seu successioni locus? *reg. in L. 1. in pr. D. de succes. ed.* At hoc multo minus verum est, quam superiora. Nam si is qui plus iuris in querela habuit, deficiat, non obstat sequenti, quominus is ad querelam admittatur; quanto minus obstabit sequenti is, qui ante defecit, quam quidquam iuris

6) Ita Rubeus *d. Cap. 3.* sequentem non tantum in ordine dici, sed & in gradu, maxime cum sequens in gradu, ordinis eiusdem in caussa intestati, a qua ius querelæ pendet, & ad quam es reducit, potior sit. Et licet per exheredationem filii satis fiat formæ iuris, ad sustinendum testamentum, non tamen iuri naturali, id est non officio paterno, vel avito. Unde concidit (1) ratio adversa Gomezii &c. Confirmat hoc, per *L. 3. §. 5. in fi. de bon. possess. contra tabul.* Ubi filio exheredato mortuo, nepotis merita a iudice inofficiosi perpenduntur. Quare, ait, datur nepoti ibi querela ex persona propria. In sequenti tamen mire fluctuat, & in contrariam opinionem propendet. Num vero & in petitione ad suppletionem legitimæ, locus est successorio edicto; ut patre (eodemque filio defuncti) remoto, filius (nepos defuncti) id petat iure suo, & ex persona sua. (Nam in *L. 34. C. h. t.* conceditur id ex persona filii) vid. Rub. ad *d. L. 14. Cap.* 20. qui affirmare videtur. Contrarium verius puto, quia successorio edicto locus in caussa intestati. Petitur autem repletio quartæ, in caussa testati, imo ipsa actione ex testamento, vid. *supra C. 4 N. 45.* Hinc Suarez *d. ampliat.* 10. *n.* 54. *& seq.* onus legitimæ adiectum, probatum a filio superstite, post mortem patris, non posse impugnari a nepote, ex edicto successorio. Posse autem si filius ante patrem obiit, quia tunc nepos nanciscitur primum locum, eique debetur legitima, sine onere *L. 9. §. 2. de lib. & postum. L. 6. pr. de ini. rupt.* onde notat, quod etsi filia, dote accepta iurato, ut solet, renunciaverit hereditati paternæ, si ante patrem decedat, non nocere ipsius liberis renunciationem, quia legitima ipsis integra, ac libera debeatur, &c.

iuris certi in querela habere inciperet? Omnium porro confessione ei filio, qui post aditam ab herede scripto hereditatem aliquando vixit, etiam vivo coepit competere querela inofficiosi: ei autem qui ante decessit, nunquam. Quare si filio exheredato post aditam hereditatem deficiente, istis auctoribus, sequens admittitur: concedant oportet filio exheredato ante aditam hereditatem decedente, quo tempore minus iuris in querela habuit, multo magis 7) successioni locum fore, ut sequens admittatur: quod & recte notavit Paulus Castrensis. Quod si quid etiam certius quaerimus, quoties testamento facto proximus cognatus qui fuerat tempore mortis testatoris, prius moritur, quam certum sit, an quis ex eo testamento exsistat heres, ut hic accidit: toties sequens incipit esse proximus, ut ei hereditas ab intestato deferatur, sive eum in prioris locum succedere dixeris, sive sine illa successione primum locum occupare, *§. proximus autem, Inst. de leg. ag. succ. L. 2. §. proximum, D. de suis & leg. her.* Quapropter quod filio exheredato ante aditam hereditatem nec praeparata querela decedente, nepotem praeteritum admitti dicimus, cum & definitione iuris certa, & exemplo Papiniani & ratione aequitatis manifesta defendatur, videamusque nihil contra afferri nisi aperte aut falsum, aut ineptum: non dubium est, quin tale sit, ut nisi quid manifesta aliqua lege mutetur, omnino retinere debeamus.

XI. Quid ergo, mutari dicemus in *L. si quis filium, C. de inoff. test.* Imo audeamus potius dicere a Iustiniano hoc idem ea lege confirmari. Certe cum ad constituendum de proposita quaestione ventum est in vers. *sed nos*, constitutionis eius prima verba hanc sententiam non obscure exprimunt. Praefatur enim primo Iustinianus, se existimare omnes subiectos habere filios & nepotes suos affectione paterna & imitatione. Atqui convenit huic affectioni paternae statuere, filiis & nepotibus suo cuique ordine pariter vel pie relinquendum esse, vel si relictum non sit, tum filiis remotis, aeque adversus nepotes testamentum constitui inofficiosum. Ex quo necesse est intelligi, sententia Iustiniani ex eadem caussa eundem effectum, idest, ex eadem caussa inofficiosi testamenti, eamdem querelam nepotibus alio auxilio destitutis sequi debere. Deinde ex hac ratione ita constituit: nos omnium commodis prospicientes, iubemus in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat. Atqui filius exheredatus habebat, ius querelae proprium & ex sua persona. Quis neget igitur haec verba hanc quoque sententiam admittere, ut & nepos hoc idem ius habeat, idest, & ipse querelam propriam atque ex persona sua? Quod si admittunt hanc ipsam, & nos sequi debemus. Est enim ex iure antiquo, ut ostendimus: maxime ex *L. penult.* in pr. *D. de inoffic. testam.* Quidquid autem posterioribus legibus specialiter mutatum non est, id veterum legum & constitutionum regulis relictum intelligendum est. *L. praecipimus*, in fin. *C. de appellat.* eodemque pertinet, quod dicitur priores leges ad posteriores trahi: & contra, quoties de harum aut illarum interpretatione aut ambiguitate agitur. Sed & haec ita accipi praecedentibus verbis Iustiniani convenit. Congruit enim illi affectui paterno, quem prius dixerat esse omnium subiectorum erga filios & nepotes suos: ex quo est, ut nepos ius proprium in successione avi habere debeat, non adventicium ex persona patris ad se transmissum. Convenit etiam cum iis quae sequuntur. Cum enim iussisset Iustinianus, ut hic nepos eadem iura haberet, quae filius habebat: idem tanquam aliud tribuens continenter subiicit; & licet praeparatio facta non sit, tamen posse nepotem eamdem querelam proponere: nempe transmissam, & ex persona patris. Consentaneum est igitur, Iustinianum huic nepoti prius dedisse querelam ex sua ipsius persona, alioqui superflue nunc eamdem illi ex persona patris daret. Nec dubito, quin omnes hanc interpretationem ut verbis congruentem, ita & rectam esse protinus concessuri essent, nisi viderentur alia in ea lege huic interpretationi repugnare. De quibus iam paucis videamus. Ne vero hic quidquam nos impediat; ista quae repugnent, nulla sunt. Ait Iustinianus, nepotem praeteritum in specie proposita omni adiutorio destitutum fuisse, & de querela inofficiosi loquitur. Fateor contineri his verbis, nepotem illum destitutum fuisse & paterno auxilio, quod non esset transmissum, & proprio suo, qui ex sua persona in querelam succederet: qui enim omne auxilium dicit, nullum excludit. Sed quod

initio

7) Et hanc quoque resp. ad *d. L.* 34. refellit Alciat. 4. *Parad.* 16. n. 7. Quia, ait, etsi actu querela filio non competeret, in successorio tamen edicto spe competiisse, satis est. Nec spectari debet, an nata sit querela filio, cum nepos non ex ea succedat, quae filio delata, sed ex persona propria.

initio ita scribit, paulo post temperat. Subiicit enim: & hoc nonnulli Iurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt: quo significat quosdam Iurisconsultos fuisse in superiore illa opinione, & non omnes. Et vero non omnes in ea sententia fuerunt. Certe non fuit Paulus, cuius generalis est illa definitio, quæ exstat in *d. L. pen. in pr. D. de inoff. test.* si primus ad querelam non veniat, sequentem admitti. Non fuit, opinor, Papinianus; qui si filio exheredato remoto, patrem sequentem ad querelam admisit, quia huic pie relinqui debuit; multo magis eodem filio exheredato deficiente, nepotem præteritum eiusdem pietatis iure esset admissurus. *d. L. pater*, & *L. seq. D. eod.* Ait etiam Iustinianus in extremo, hunc nepotem a vetustate quidem neglectum, a vigore autem suo recreatum. Sed aliud est neglectum eum fuisse a veteribus, aliud iure fuisse destitutum. Neglectus fuit, quia nonnulli Iurisconsulti eum excludebant, nemo autem aliorum exstitit, qui eum specialiter defenderet, probaretque sequenti loco ad querelam admittendum. Nam Pauli generalis definitio est, nihil nominatim de hoc nepote exprimens & Papinianus de patre sequente, non de nepote loquitur. Sed non ideo horum definitio & sententia ad nepotem illum [8] non pertinet: ut proinde nec verum sit eum iure auxilio omni fuisse destitutum. Sed restabit etiamnum in hac interpretatione hic scrupulus. Nam si nepos hic, ut volumus, querelam habet ex persona sua, quid opus erat ei dare ex persona patris? Neque enim dicemus otiose datam, ut sic fiat constitutio Iustiniani supervacua & inutilis: quod nulla in lege admittendum est. *L.* 1. in fin. *D. ad munic.* Quod si opus erat ex persona patris dare, videamus, ne ideo opus fuerit, quia nepos ex persona sua omni auxilio destituebatur. Et certe fatendum est, non esse huic nepoti necessariam querelam inofficiosi ex persona patris, ubi is ex persona sua eam satis constitutam habeat. Neque tamen ideo inutiliter ei prospicitur, ut habeat eam quoque, si velit, ex persona patris. Accidit enim interdum, ut eam ex persona sua non possit sine periculo usurpare. Quid enim, si sit præteritus iusta ex caussa ingratitudinis, & ea testamento adscripta, & metuat, ne ea ab herede probetur? Hic cum querelam ex sua persona non habeat, aut non possit intendere sine periculo; omnes vident utile illi esse habere a patre transmissam, ad quam confugiat: qua eadem recte utitur ex persona patris, dum is caussa ingratitudinis non adscripta exheredatus sit, aut ea non probetur. Idcirco & hanc quoque utiliter Iustinianus adiecit, quam nepos paratam haberet, si quando necessitas incideret, cur ea uteretur. Ne quis autem hic anxie requirat, cur isti nepoti præterito detur querela inofficiosi, non bonorum possessio contra tabulas. In promptu enim caussa est, quod hæc bonorum possessio datur quidem liberis præteritis, ut est in *§. sunt autem*, *Inst. de bon. poss.* sed iis tantum, qui sunt sui heredes, aut qui si in potestate mansissent, sui heredes futuri essent. Quo in numero non potuit esse hic nepos, quem pater cum avus moritur, in iure sui præcessit. *§. ita demum*, *Instit. de her. quæ ab int. def.* Atque hac ratione denegari isti nepoti bonorum possessionem contra tabulas in hac ipsa specie, de qua agimus, diserte scriptum est in *L.* 4. *§.* 1. *D. de bonor. possess. cont. tabul.*

XII. Ratum igitur hoc sit, quod generaliter definitum est in *L. pen.* in pr. *D. de inoffic. testam.* si is qui ad querelam primo loco vocabatur, nolit aut non possit accusare, sequentem admitti; idipsum & generaliter ac sine exceptione verum esse; neque referre, quo gradu sit is, qui sequitur; eodemne, quo prior, qui querela exclusus est, puta primo: quomodo exheredatum filium sequitur pater præteritus, de quo est in *L. pater*, *D. eod.* an vero dispari, & secundo a priore; quomodo exheredatum filium sequitur præteritus nepos ex eo, quem exheredato filio deficiente, non minus ex sua persona ad querelam admitti, supra satis ostendimus. Unde probandum erit, ut si quis decedat patre & avo præteritis, primum quidem queri possit pater, ut gradu propior: sed si is non queratur, locus fiat successioni, & avus ad querelam admittatur. Atque his rebus sit iam nobis conclusus hic locus in querela late patens, quibus querela inofficiosi testamenti competat. In quo hæc omnia ut proposui, tanquam huius iuris efficientia, certe ei iuri necessario adiuncta, contineri animadvertere possumus, Quibus generibus personarum, Qua ex caussa, Adversus quæ testamenta, Quando, Quo ordine inter plures testamento exclusos, quave successione querela inofficiosi competat. Quæ & nos sigillatim atque ordine in huius loci explicatione antea tractavimus. CAP.

8) Aliter resp. Io. Gutierr. *in Repet. L. pater* 14. *D. h. t. n.* 30. Aliter Reiner. Bachov. *Misc. Disput. C.* 17, *p.* 154.

CAP. VIII.

Adversus quos querela inofficiosi testamenti competat.

Inofficiosi querela competit adversum heredem scriptum, & huius heredem, & fideicommissarium, cui hereditas ab illo restituta. I.
Quare adversus hos, & non alios. II.
Quomodo hi pro herede possideant, aut quasi pro herede. III.
Iidem cur ita possidere ex testamento debeant. IV.
Scriptus heres tenetur inofficiosi querela, etiamsi Rex aut Imperator, aut municeps, aut filius. V.
Filius ita, nisi institutus cum illo extraneus, a quo agens de inofficioso suum obtinere possit. VI, & seq.
Analysis, & explicatio L. mater 19. D. de inoff. T. VII.

I. QUi proximus locus est in omni actione recte instituenda, adversus quem competat hæc querela, videamus. Competit querela inofficiosi adversus eos, qui tanquam heredes hereditatem possident, eamque sibi defendunt ex testamento, quod inofficiosum dicitur. In hoc numero sunt tres: idcirco & totidem, quos querela inofficiosi teneri legimus. Primum heres testamento scriptus, & is quidem sine controversia. *L. si non mortis*, §. 1. *L. si instituta*, §. *pen. L. si suspecta*, in princ. *D. de inoffic. test. L. si heredum*, *L. cum duobus*, *C. eod.* Secundo loco heredis scripti heres, quive in eius locum [1] successit, ut fiscus. *d. L. si heredum*, *C. eod.* Tertio fideicommissarius, cui ex fideicommisso ab herede scripto restituta est hereditas. *L. 1. C. eod.*

II. Cur ergo adversus hos querela inofficiosi datur potius, quam adversus alios? Quia ut initio ostendimus, querela inofficiosi est petitio hereditatis ex inofficiosi caussa. Competit autem hereditatis petitio adversus eum qui hereditatem, remve aliquam hereditariam pro herede prove possessore possidet, ut si querela inofficiosi hanc petitionem habet, necesse sit & querelam adversus hos ipsos possessores dari. Et vero adversus hos dari placuit. Quod non obscure declaratur in *d. L. 1. C. eod.* Cum enim illic dicitur, non esse iniquum, fideicommissarium querela perinde teneri, quasi pro herede, prove possessore possideret: satis significatur, multo magis futurum fuisse, ut teneretur, si vere pro herede possideret. Atqui superiores illi tres, quos diximus, heres scriptus heredis scripti heres, & qui ab herede restitutam hereditatem accipit fideicommissarius: hi, inquam, hereditatem pro herede, seu tanquam heredes defuncti possident. De herede scripto non dubitatur, si quidem eo iure hereditatem teneat. Sed & in eadem caussa est heredis scripti heres. Nam & hic defuncti hereditatem obtinet per interpositam personam heredis. *L. 3. D. de her. pet.* unde dictum regula iuris, heredem heredis, heredem quoque esse testatoris. *L. ult. C. de hered. instit.* Fideicommissarius autem, cui ex fideicommisso restituta est hereditas non est is quidem proprie & subtili iure heres; cum qui restituit hereditatem, ut semel heres exstitit, ita heres summo iure esse non desinat: Unde dubitatum in *d. L. 1. C. de inoffic. testam.* an adversus eum querela inofficiosi debeat admitti, cum vere pro herede non possideat. Sed idem vi & effectu pro herede est, translatis in eum omnibus actionibus ex Trebelliano §. *restituta*, *Inst. de fid. her.* Unde rursum respondetur in *ead. L. 1. non esse iniquum adversus eum querelam accommodari, ut perinde teneatur, quasi pro herede prove possessore possideret.* Recte; quasi ita possideret, quia re vera heres non est, ut nec possit vere pro herede possidere: sed quasi heres esset, ita habetur, ut sic quoque possit conveniri, quasi pro herede possideret.

III. At quomodo istos pro herede, aut quasi pro herede possidere dicimus, ut sic efficiatur eos querela inofficiosi, quæ hereditatis petitio est, teneri? Certe prima fronte repugnare videtur pro herede possidentis definitio: si quidem is dicitur pro herede possidere, qui cum nec summo iure, nec effectu heres sit, hereditatem tamen,

1) Universalis scilicet. Contra particularem enim, ut legatarium non datur, hoc iudicium universale. Quod si institutus iam solvit legata, si de iis detrahenda legitima, vel supplenda (alias enim legata, novo iure servantur *Auth. ex caussa C. de lib. pret.*) contra legatarios remed. adipiscend. possession. & petitio hereditatis, ut vult Gomez. 1. *Resol* 11. *n.* 15. quia, ait, titulus legati, pro non titulo. De fisci vero successione ad *d.* 10. vid. A. Fab. 37. *Coniect.* 2.

men, aut quid hereditarium tanquam heres possidet. *L. pro herede, D. de hered. pet.* Atqui & heres scriptus, & huius heredis heres, vere ex testamento heredes sunt: nec minus ex eo testamento heredis loco est, cui ex testamento [2] restituta est hereditas. Qui ergo isti dicantur pro herede, aut quasi pro herede possidere? De hac obiectione iam ante initio respondi. Qui testamento inofficioso scriptus est heres, non est heres, ut nec possit pro vero herede possidere. Testamentum enim inofficiosum cum tale pronuntiatum est, sic rescinditur, ut nullius momenti sit omnis ex eo heredis institutio. *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testamen.* Et quanvis priusquam id constet, pendeat ius testamenti; tamen postquam semel tale pronuntiatum est, retroversus sic habetur, quasi factum non esset, aut certe factum esset a demente, unde & paterfamilias habetur intestatus, & perinde observantur heredi omnia, quasi heres nunquam extitisset. *L. 6. §. 1. L. qui repudiantis, §. 1. L. eum qui, §. 1. D. de inofficios. testament.*

IV. Sed cum possit quis possidere pro herede ab intestato, cur ad querelam inofficiosi adversus aliquem recte instituendam non est satis eum pro herede quovis iure possidere; sed hoc amplius superiores exigimus, id est tales, qui cum possideant pro herede, etiam possideant ex testamento, de quo tanquam inofficioso agitur? Id caussæ est, quod non simplex petitio hereditatis hic instituitur, sed petitio hereditatis ex caussa inofficiosi, cuius nomine & querelam non solum adiunctam, sed etiam præcedentem habet. Hæc querela solum de testamento est, nec alio spectat, quam ut id tanquam inofficiosum rescindatur. Ineptum sit igitur adversus alios dari, quam qui id testamentum tanquam iustum defendunt. Nam cæteri cum de testamento nihil dicant, non possunt dici se constituere [3] ei querelæ adversarios. Adde quod querela hæc persequitur iniuriam exclusionis testamento illatam. Non convenit autem de iniuria testamenti cum aliis agi, quam qui adversus hanc accusationem testatoris factum, una & testamentum tuentur. Quod ex his qui pro herede possident, ii soli faciunt, qui se heredes ex eo testamento esse volunt.

V. Quis testamento inofficioso scriptus sit heres, aut ex eo testamento hereditatem sibi defendat, ut querela inofficiosi teneatur, nihil interest. Neque maiestas scripti heredis, aut alia amplitudo, vel favor, neque sanguinis cum defuncto coniunctio, aut pietatis vinculum heredem testamento inofficioso scriptum inofficiosi querela liberat. Maiestas est in [4] Imperatoribus, regibus. Hi si testamento inofficioso instituti sunt heredes, placet nihilominus adversus eos de inofficioso agi posse. *L. Papinianus, §. si Imperator. D. de inoffic. testamen.* Amplitudo & favor [5] in municipibus, civitatibus: sanguinis arcta coniunctio cum liberis. Fac municipes, aut [6] liberos esse institutos. Dicemus & adversus eos esse querelam inofficiosi ei, qui ab intestato habiturus esset cum his aut sine his hereditatem. *L. pen. §. 1. D. eod.* Ut puta, ex duobus filiis unus exheredatus est, alter institutus,

2) Et hæc si restitutio facta fideicommissario priusquam lis contra fiduciarium mota, Gomez. 1. *Res.* 11. *n.* 15. accidens si, & contra fiduciarium mota lis, restitutione ante sententiam facta, instantiam transire ad fideicommissarium. Plane sententia contra fideicommissarium fiduciario, sive partis ratione non nocet, sed cum, ex parte instituta querela, testamentum subsistat pro altera parte; proque illa ab intestato succedatur, quidni testamento non rupto quoad heredem: effectus tamen eius in persona fideicommissarii recte ad caussam intestati devolvatur. Et sententia, quæ vincula testamenti rumpere potest contra heredem: quidni & ius fideicommissi, contra fideicommissarium, Mat. Lycklama 1. *Membran. Eclog.* 5. vid. & Govean. 1. *Var. Lect.* 5. Gilken. in *d. L.* 1. Ach. Personalis *Tr. de Petit. her. n.* 563. *& seqq.* Ant. Fab. 17. *Coniect.* 1.

3) Dissentire videtur Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 42. *& n.* 45.

4) Unde tamen minus apte, ne dicam inepte, colligit Cuiac. 15. *Obs.* 30, principem lege Glicia solutum non esse.

5) Item in ecclesia, vel pia caussa. Quomodo exaudiendus Baldus dum dicit etiam Deo instituto hanc competere, confer *supra Lib.* 8. *Cap.* 27. *N.* 9. Et facit *L.* 1. §. 3. *ad L. Falc.* iunct. *L.* 8. §. 9. *hoc tit. Cap. ult. Cap.* 17. *Quæst.* 4. Duar. *hoc tit. C.* 9 Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 41. Gail. 2. *Obs.* 119. *n.* 4. *& seqq.* Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 11. qui recte docet quanvis testamentum, militis querelæ non subiaceat; si tamen miles a pagano institutus, non ideo querelam cessare.

6) Sed num liberi instituti facient, ut querela negetur fratri, cui nihil institutionis, aliquid vero, alio titulo, relictum est, atque ut is actione expletoria contentus sit. Generalius, num regulæ de titulo institutionis necessario in legitima ad excludendam querelam *supra Cap.* 4. *N.* 36. exceptio est in testamento, inter liberos? Ita volunt Sich. *in Auth. noviss. C. h. t. n.* 15. Marc. Mantua *ibid. pag.* 111. *& seqq.* Beust. ad *L.* 1. *de iurei. n.* 179. Goth. *ad Nov.* 18. *C.* 1. Mathesilan. *Singul.* 103. Valasc. *Cons.* 23. moti, quod in hoc testamento, solemnitates iuris civilis remissæ sint, & Anton. Fab. 36. *Err. Prag.* 3 (rationem tamen hanc reprobans) ac operose confirmat Goth. Ant. *Disput. de Legit. Th.* 2. *lit.* C. Verum his alii communius obloquuntur. Ant. Quetta *Cons.* 36. *n.* 4 Gabr. Sarayoa in *addit.* ad Mathesilan. *d. loc.* Harim Pist. *Lib.* 1. *Q.* 1. *n.* 12. *& seqq.* Covar. *in Cap. Raynatius §.* 1. *supra de testam. n.* 4. *& seqq.* Fuse M. Anton. Cucchus *in d. Auth. noviss. §. Quo tertio n.* 19. *& seqq.* Gilken. *in d. Auth. n.* 34. quia, ait, *Nov.* 115. hunc titulum requirens, loquitur de parentibus ac liberis, verbaque eius restrictionem non admittunt. Sed &, ait, invidiosior inæqualitas, inter liberos, quam si id compendii, in extraneum conferatur, & Walth. 1. *Misc.* 9. quia & in testamento minus solenni liberi instituendi *Nov.* 107. *Cap.* 1. & Fach. 4. *Contr.* 24.

VI. Exheredatus si neminem alium habeat, cum quo agat, quam fratrem institutum, etiam ei adversus fratrem pro semisse querelam dabimus. Sane in hac specie, & generaliter quoties ex duabus qui sunt eiusdem iuris in successione ab intestato, unus exheredatus est, alter institutus, probandum est, ut si cum instituto sunt alii instituti heredes extranei, a quibus is qui exheredatus erat, possit suam partem consequi, ei adversus hos extraneos solum querela inofficiosi detur, non adversus fratrem, eumve qui rescisso testamento una quoque hereditatis partem ab intestato obtineret. De quo exstat responsum Pauli ex facto in *L. mater, D. de inoffic.* ad hanc prope 7 sententiam.

VII. Mater decedens extraneum ex dodrante, id est novem unciis, heredem instituit: ex duabus filiabus, quas habebat, instituit alteram ex quadrante, id est ex reliquis tribus unciis, alteram præteriit. Præteritæ querelam competere certum est. Adversus quos hanc ei dabimus? Et adversus extraneum recte agi constat. Sed an adversus sororem quoque querela dabitur? Negat Paulus: *non est admittendum*, inquit, ut præterita *adversus sororem audiatur agendo de inofficioso*. Id autem disputando ita colligit. Filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Proinde semissem tantum, quem solum sorore legitimam hereditatem non repudiante esset habitura. Nam ab intestato ita divideretur inter duas sorores matris hereditas, ut singulæ semissem, id est æquas partes haberent, iam vero præterita agendo cum extraneo hunc semissem ab eo auferre potest, ut qui institutus sit ex semisse & tribus unciis. Quapropter dicendum est, inquit (& hoc in vers. *præterea.*) omissa sorore instituta quæ non est repudianti similis, ab extraneo hunc semissem vindicandum, & defendendum, totum hunc semissem illi auferendum, quasi reliquus semis ad institutam pertineret. Idque eo magis dicendum est, inquit, quod etsi quis putaverit filia præterita obtinente totum testamentum etiam adversus sororem institutam infirmari; tamen instituta ab intestato posset hereditatem adire, atque ita partiri hereditatem cum sorore præterita, & pro tribus unciis testamento relictis semissem auferre. Hoc vero posito, omnino recte colligit, totum illum semissem ab extraneo, non a sorore instituta esse vindicandum: idque efficitur hoc modo. Non debet præterita agere cum sorore sua de eo semisse obtinendo, quem in omnem eventum ab illa consequi non potest, sive vincatur, sive vincat: ubi scilicet agendo nihil aliud latura sit, quam ut iudicio vexet sororem, nihil inde commodi consecutura. Malitiosa enim hæc petitio est: euiusmodi malitias ius audiri vetat. *L. in fundo, D. de rei vindicat.* Atqui præterita si de hoc semisse cum sorore agat, nihil ab ea eo nomine consequi possit in utramque partem, sive vincatur, sive vincat. Si vincitur, certum est. Sed etsi vincat, idem exitus futurus est. Effectum est enim, hac victoria ita testamentum infirmari, ut res deducatur tantum ad caussam intestati; quo tempore soror instituta non modo non cogatur tres uncias, ex quibus instituta est, restituere, sed etiam consequatur semissem totum, uti est ratio divisionis inter liberos in successione legitima. Non ergo ullo modo hic ferendum est, ut præteritæ filiæ adversus sororem detur querela, qua nihil prosit sibi; solam molestiam & vexationem iudicii adferat institutæ. Nisi quis tamen in proposito dicat totam hereditatem etiam ab intestato ad præteritam pertinere, quasi filia instituta ex testamento adiens hereditatem, repudiaverit ab intestato. Quod ita esse negat Paulus in vers. *præterea.* & rationem reddit in vers. *cæterum. Nec enim*, inquit, *quæ ex testamento adit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam nescit sibi deferri.* Recte. Primum quia non est hoc animo quisquam, ut repudiet hereditatem delatam, qui an sibi delata esset, ignoravit, de qua propter ignorantiam nec cogitavit quidem. arg. in *L. qui cum tutoribus, §. ultim. D. de transf.* Animo autem ut aditur, sic & repudiatur hereditas. *§. pen. Inst. de hered. qual. & diff. L. gerit. L. recusari, D. de acquirend. hered.* Deinde quia in repudianda hereditate, vel legato certus esse debet de iure suo is, qui repudiat. *L. in repudianda. D. de acq. her.* Sed & hoc alio argumento probat Paulus, quod ex ipso responso petendum est.

CAP.

7) Bellissima explicatio obscuræ legis, & quæ inter damnatas numeratur, teste Duar. *h. t. Cap. 12. sub fin.* Quod vero dicitur semis vindicari *d. L. 19.* id Wes. *ad Rub. Cod. h. t. n. 55.* accipit de effectu exsecutionis, & respectu coheredis. Dodrantem vero totum peti, ne ex parte maneat heres extraneus.

C A P. IX.

Qua de re querela inofficiosi competat; quid petat, & quantum.

Agens de inofficioso hereditatis tantum vindicare potest, quantum habiturus ab intestato, sive totum, sive dimidium. I.

Ex duobus tamen exheredatis, uno querelam repudiante, aut excluso, alter totum vindicat; & quare. II.

Contrariis occurritur. Conciliatio L. qui repudiantis 17. L. si ponas, §. *ult. cum* L. Papinianus, §. quoniam D. de inoff. test. III.

I. PErsonas, quibus, & adversus quas querela inofficiosi testamenti competit, sequitur tertius locus ad rectam institutionem huius actionis pertinens, de re quæ hac querela in iudicium deducitur: in quo quæritur, quid quisque qui de inofficioso agit, & quantum petere debeat. Et cum querela sit petitio hereditatis, ut initio ostendimus, satis hinc intelligitur hac querela hereditatem peti. Quæritur, quantum hinc quisque hac actione recte petat. Et si est ea petitio, qua rescisso testamento hereditas ab intestato petitur, quod & ipsum initio posuimus; *L. mater, D. de inoff. testam.* sequitur, ut tantum quisque per querelam vindicare debeat de hereditate, quantum intestato patrefamilias mortuo esset habiturus, quæ & sententia extat pæne totidem verbis in *d. L. mater*, in princip. Itaque si quis solus ab intestato futurus esset heres, de inofficioso agendo recte totam hereditatem petet: sin pro parte, non totam hereditatem, sed hanc ipsam partem petere debebit. Hinc in specie *d. L. mater*, cum ex duabus filiabus una a matre præterita esset, altera instituta; placet præteritam non nisi semissem hereditatis agendo de inofficioso vindicare posse: quippe matre intestata mortua hæc portio utriusque filiæ in legitima hereditate futura erat. Similiter & duobus filiis, qui soli defuncto erant, exheredatis, si unus dicat inofficiosum, responsum est eum non totam hereditatem, sed dimidiam petere debere, in *L. Papinianus, §. quoniam, D. eod.* Et hoc in duobus pluribusve exheredatis, qui ab initio ad querelam admittuntur, tandiu ita est, quandiu omnes ad accusationem venire possunt.

II. Quid ergo, si ex duobus exheredatis unus querelam repudiet, aut tempore, vel alio modo querela excludatur? Placuit partem eius alteri accrescere, ut qui ab initio per querelam partem solam vindicare poterat, nunc totam hereditatem possit, partem iure suo proprio, partem iure accrescendi. *L. si ponas, §. ult. D. eod.* In quo plane eamdem regulam secuti sunt veteres, quam in successione ab intestato inter istos sequeremur; ut hac quoque parte in querela petitionem legitimæ hereditatis liceat animadvertere. Nam ab intestato si ex pluribus heredibus legitimis unus partem suam omiserit, vel morte, aut qualibet alia ratione impeditus sit, quominus adeat, reliquis qui adierint, eius portio accrescit. *L. si ex pluribus, D. de suis & legiti. hered.* Quod & in pluribus istis qui ad eamdem querelam vocantur, si unus ab ea excidat, tanquam per querelam amissa hereditate, servari videmus. Et hoc est, quod aliis verbis scribit idem Paulus in *L. qui repudiantis*, in princip. *D. de inoffic. testamen.* eum qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facere iis qui eamdem querelam movere volunt. Hoc enim sentit, eum qui querelam repudiavit, nullam iam partem ex sua persona inducere, quam in hereditate cæteris abstrahat; eoque nec lis obstare, quominus de inofficioso agendo totam hereditatem vindicent. Quod certe non aliunde accidit, quam quod repudiantis portio accrescit cæteris, qui eandem querelam retinent.

III. Videri tamen potest utrique isti sententiæ contrarium, quod est in *L. Papinianus, §. quoniam, D. de inof. testam.* Nam si duo sint filii exheredati, quo exemplo antea usi fumus, & de quarta ad excludendam querelam singulorum sufficiente quæratur, illic diserte scriptum est, alteri partem facere etiam eum qui non queritur, id est, qui querelam repudiat. Quo dicto non solum affirmatur id, quod verbis negatur in *d. L. qui repudiantis:* verumetiam aperte hoc dicitur, portionem repudiantis alteri non accrescere, contra *L. si ponas, §. ultim.* Sed dissimilitudo personarum, & quæstionum ex his propositarum in his locis observanda est; ex qua & iuris diver-

versitas & diversitatis ratio non difficile intelligetur: neque necesse erit cum Accursio & Bartolo divinabundis, aut potius significationem verborum pervertentibus, illa verba, *qui non queritur*, quæ sunt in *d. L. Papinianus*, *§. quoniam.* sic interpretari, *qui non queritur*, sed [1] queri potest, & admitti speratur. Loquimur igitur nunc de duobus filiis exheredatis, quibus competebat ab initio querela inofficiosi: cum his scilicet neque tota legitima relicta esset, neque pars legitimæ, ut sola his superesset ad legitimam replendam actio. Ac de his agi constat in *d. L. qui repudiantis*. & *d. L. si ponas*, *§. ultim.* De his vere dicitur, si unus querelam omittat, eum alteri partem non facere, id est, ut modo sum interpretatus, non constituere partem, quam alteri auferat: cum portio omissa alteri accrescat. Accrescit autem ideo, quia potest, & debet accrescere. Ius enim accrescendi locum habet inter plures, qui ad eandem hereditatem vocantur, sive testamentariam, sive legitimam, ut qui ex his partem suam repudiat, eius portio accrescat iis, qui suas partes agnoverunt. *L. qui ex duabus*, *§. ultim. D. de acquirend. hered. d. L. si ex pluribus*, *D. de suis & leg. her.* At tales heredes sunt, qui querelam inofficiosi habent; quales sunt filii exheredati duo. Nam hi per querelam vocantur ad hereditatem legitimam. *d. L. mater*, *de inofficios. testam.* Qui autem ex his querelam repudiat, is eadem opera repudiat hereditatem, ad quam solum per querelam pervenire poterat; & qui querelam admittit, idem per querelam ius hereditatis delatæ sibi retinet. Ita fit, ut uno querelam repudiante, aut altero querela excluso, portio eius deficiens ad ius superius pertineat, eoque & accrescat ei, qui querelam retinens, eam movere cogitat. Contra in *L. Papinianus*, *§. quoniam.* agitur quidem de duobus filiis exheredatis, sed iis quorum unus saltem proponeretur querela esse exclusus, cum ei aliquid legitimæ nomine relictum esset, [2] quæreretur que, an tantum, quantum sufficeret ad quartam, & per quartam ad eum excludendum. Respondetur autem, si quartam habeat semissis quem ab intestato habiturus esset, id sufficere: idque ita esse, etsi alter frater non queratur; eum enim in hac computatione quartæ legitimæ partem facere, etiam qui non queritur: qui non [3] queritur, in-

1) Ita Chiflet. *d. C.* 7. verba ista παραζατικῶς accipienda, Quia enim incertum, ac in pendenti est, an recte exheredatus sit, partem eum interim facere. Sic & Cuiac. *in Nov.* 18. *pag.* 102. Verba *non egit. in L.* 16. *pr.* exponit, scilicet repudiando *L.* 17. *pr.* seu si constituit non agere *L.* 23. *§. ult. h. t.* secus, si omittendo tantum. Qui omittit, id est tacet, & non agit, cum agere posset, partem facit *d. §.* 8. Et sane etsi alias distinctionem Donelli probem, non improbabilis mihi hæc d. verborum acceptatio. Nam illa, *etsi dicam inofficiosum* aperte convincunt, ibi de parte facienda, in ipsa querela tractari. An autem faciat in legitima, de ea in *vers. seq. proinde &c.* Quare puto, ubi duo exheredati & ambobus querela competit, priusquam constat alterum non posse agere, dum scilicet nec repudiavit, nec dies ei exiit, alterum actione de inofficioso semissem petere debere *d. §.* 8. Quem ubi obtinuit, si postea frater tempore, vel aliter, iuxta ea quæ *supra C.* 6. exclusus deficiat, semissem eius iure accrescendi ad eum, qui questus est, pervenire. Fac. *L.* 2. *D. si pars her. pet.* Non autem per hoc, quod ille prius egit, & obtinuit, impedietur alter postea querela uti, nisi repudiaverit *L.* 17. *pr. h. t.* vel aliter amiserit. Quam instituet, non contra fratrem, sed contra scriptos heredes. Et male omnino Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2. prioris fratris querela totum testamentum rescindi (quod refellitur *Cap. seq. N.* 5.) nec opus hic esse iterum de querelæ iustitia cognoscere, cum satis probata fuerit in fratris iudicio; quodque victoria fratris in pari caussa prosit. Non enim constat parem caussam esse; potestque contingere ut prior obtinuerit, quia immerenter exheredatus; alter succumbat, quia ingratus ostendetur.

2) Vid. *& supra C.* 4. *N.* 30. Recte vero noster, inter querelam, in qua locus iuri accrescendi, & legitimam relictam ad exclusionem querelæ, in qua non item, distinguit. Quæ dum magno errore plerique confundunt, expedire se hinc nequeunt, ut videre est ex iis, quæ hac de re tractant Cuiac. *in Nov.* 18. *pag.* 101. *& seqq.* Chiflet. *de Port. legit. Cap.* 7. Hot. *Disput. de Quarta legit. Cap.* 9. Maret. *Tr. Quartar. C.* 12. Battand. *Tr. Legitima Cap.* 4. *n.* 8. *& seqq.* Anton. Rubeus *ad L.* 14. *h. tit. Cap.* 12. *& 2. seqq.* M. Anton. Cucch. *in Auth. noviss §. Legitima quomodo sit quota n.* 15. *& seqq. pag.* 29. *& seqq.* Fachin. 4. *Contr.* 31. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu §.* 23. *n.* 117. *& seqq.* Anton. Quetta. *Cons.* 41. *& seqq.* Alb. Brunus *Comm. super statuto exclud. fœminas, &c. Artic.* 13. *n.* 23. *& seqq.* Tessaur. *Decis* 159. P. Gilken. *in d Auth. noviss. n.* 10. *& seqq. &c.* Exemplo res plana fiet. Qui habet mille in bonis, & duos filios, utroque exheredato, sed priori 125. nomine legitimæ relictis, decessit. Ius ita fuit, ut cui legitima integra, quoquo titulo relicta esset, querela excluderetur. Cui vero aliquid, vel minimum deesset, admitteretur (in quo utroque postea innovatum est, ut *supra* C. 4.) Quasi ergo si is cui, vel nihil, vel non satis relictum, quique ideo ius querelæ habuit, non queratur; an per hoc querelam nanciscatur alter filius, quam, querente illo, non habiturus? Videtur quod sic, quia cum remoto fratre, iam solus sit, nomine legitimæ iam illi 250. debeantur. Contra deciditur. At pone: uterque exheredatus; neutri quid legitimæ nomine relictum. Alter non queritur exclusus repudiatione, vel tempore; partem non facit. Proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, assemque hereditatis consequitur.

3) De exheredato intellige, & quidem immerenter, cui querela delata est, vid. *C. seq. N.* 6. Nam qui successionis plane incapax iure; vel communi, ut ex delicto deportatus; item monachus Minoritarum religionem professus; vel municipali, ut filia nupta, quæ per dotem a reliqua successione ex statuto arcetur, partem non facit, quia nec ab intestato successurus, & habetur, quoad successionem ac si omnino natus non esset, Sichard. *ad Auth. noviss. C. h. t. n.* 27. Ant. Fab. 12. *Err. Prag.* 8. Chiflet. *d. C.* 7. Etsi quoad filiam dotatam multi contradicant, statuentes tamen in parte, quam illam fratribus facere volunt, computari quoque dotem, quam accepit, P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 8. Plane quæ dote accepta renunciavit iurato successioni, & legitimæ partem faciet in computatione legitimæ; quia nec potest dici, partem non habere, vel non admitti ad partem, quæ iam vivo patre, partem suam consecuta intelligitur, A. Fab. 12. *Err. Prag.* 8. ubi & statuit aliam rationem esse exclusionis filiæ dotatæ, quæ fit per statutum; aliam quæ per renunciationem: illic de masculorum; hic de patris favore quæri.

inquam omnino, quia nec potest, sive quia semel noluit agere, sive quia morte exelusus non potuit. Cur ergo hic qui deficit, potius alteri partem facere dicitur, quam superius? Optima ratione; quia necesse est eum alteri partem facere, eamque illi abstrahere, si eius deficientis portio alteri accrescere non potest. Atqui hic non potest; quoniam alter nullam partem hereditatis obtinet; ut pote 4 quartam habens, ac propterea querela exclusus per quam solam ad hereditatem poterat pervenire. Satis autem iam supra intellectum est, in hereditate non esse ius accrescendi nisi inter plures qui ad eamdem hereditatem pariter vocentur, & quidem ita, ut unus deficiat, cæteri ad eamdem hereditatem vocati etiam partes suas agnoverint. Quod cum in duobus diei non possit, quorum uterque aut alter tantum querela, ac per hanc hereditate sit exclusus; apparet, quisquis horum parte hereditatis excludatur, nihil tamen inde alteri posse accrescere. Hinc fieri, ut qui non queratur de inofficioso, non minus tamen alteri partem faciat, quam si maxime per querelam partem suam obtineret. Quam ad rem etiam illud perspicuum est nihil interesse, utrum qui non queritur, possit adhuc queri; an amissa querela penitus excludatur, ut iam nulla spes sit eum ad querelam admitti posse.

4) Recte; Legitima enim est quota bonorum, non hereditatis. Quin etsi pars hereditatis esset; haberetur tamen ex testamento. Exheredatus autem alter, cui querela competiit, nullum habuit ius, nisi ab intestato. Neque is cum instituto unquam coniunctus. Ius autem accrescendi, non nisi inter coniunctos.

CAP. X.

Finis querelæ, & huic respondens effectus iudicii de inofficioso.

Finis querelæ duplex; qualis uterque; effectus iure veteri consimilis. I.

Dissimilis iure Iustinianeo. II.

Quoad institutiones tamen eadem utroque iure testamenti rescissio. III.

Rescindendi quæ caussa; & qui alius rescissionis effectus. IV.

Testamentum ab heredis institutione rescindi aut totum, aut pro parte; & pro altera parte valere. V.

Quot & quibus hoc efficiatur modis. VI.

Talibus modis fieri aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum. Hoc quomodo non sit iuris regulæ contrarium. VII.

Adversus scriptum heredem qui de inofficioso egit, & obtinuit, semper evincit; adversus alios ita, si sit idem heres ab intestato. VIII.

Secus ille evincit hereditatem venientibus ab intestato, non sibi. Hoc quid sit exponitur, & vindicatur a contrariis. IX.

Qui cum alio heres, etsi de inofficioso tamquam solus egit, & totum evicit, fiet heres pro parte dumtaxat. X. XII.

Nisi alius heres repudiaverit, aut fuerit exclusus. XI.

Institutione heredis irrita, nec legata aut libertates veteri iure subsistere & quare. XIII.

Sed firma hæc eadem manere Iustinianeo iure; eoque abrogari vetera iura. XIV. & seq.

Illa vero adeo iusta methodo ad tria capita revocari. Singula quæ; & cur hodie supervacua. XV. XVI. XVII. XVIII.

Pœna victi actoris æquitati consentanea. Duo eius partes dignoscendæ. XIX.

Culpa. *Hæc in quatuor rebus versatur, & quæ sint.* XX.

Pœna: *Quarum rerum amissione hæc contineatur, aut fiens: cui vindicetur. An ulla victoris pœna.* XXI. XXII.

I. Restat finis querelæ inofficiosi testamenti, quem & effectus iuris sequitur, in quo ita est vis & potestas iudicii de inofficioso. Querelæ inofficiosi finis duplex est. Primus, ex quo & initium agendi, ut testamentum inofficiosum pronuntiatum rescindatur, tanquam a demente factum. Alter, & is summus, utpote ad quem potissimum fertur hæc actio, ut testamento rescisso, atque ita re ad caussam intestati deducta, inde obtineatur defuncti hereditas, nulla ex parte testamento imminuta. Et habuit olim uterque hic finis effectum iuris consentientem, idque in omni parte testamenti. II.

II. Non sic hodie ex constitutione Novella Iustiniani, de qua mox. Hæc ut sunt partes testamenti, ita effectus querelæ induxit dissimiles. Aliud enim constituit de heredum institutionibus, aliud de relictis singularum rerum testamento comprehensis. Quod cum ita sit, ne res ex hoc iure diversæ a nobis confundantur, de his in quæstione de huius iudicii effectu separatim cognoscendum est: ac primum de heredum institutionibus.

III. Ergo, qui primus finis est querelæ inofficiosi, ut testamentum rescindatur, hunc quoque finem hoc iudicium assequitur per omnia circa heredum institutiones. Nam & hæ rescinduntur re vera, simulatque testamentum inofficiosum pronuntiatum est, idque & vetere iure, & novo. De vetere iure certum est, quo totum testamentum ipso iure rescindebatur. *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testam.* Sed & idem retentum Novella, *ut cum de app. cog. §. sive igitur*, & *§. iustum*, cuius summa expressa est in *auth. ex caussa, C. de libe. præt. vel exh.* in hæc verba: *ex caussa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quod attinet ad institutiones.*

IV. Ergo & ex caussa inofficiosi; quia testamentum inofficiosum facit inofficiosa exheredatio vel præteritio. Cur ex hac caussa rescindatur testamentum, illa idonea ratio est, quod damnatur tanquam a demente aut furioso factum. *L. 2. L. Titia*, in fin. *L. mater*, vers. *secundum quod, D. de inoffic. testamen.* Constat autem furiosum testandi ius non habere, *§. præterea, Inst. quib. non est per. fac. testam.* Itaque hæc rescissio alium effectum secum ducit, ut tanquam si testamentum factum non esset, quod fieret, si factum esset a furioso; sic testamento per querelam rescisso paterfamilias fiat intestatus: hæc enim intestati definitio est, cum aut testamentum factum non est, aut non iure, aut id quod factum erat, iure postea rescinditur. *Instit. de hered. quæ ab intest. def.* in princ. Atque hunc querelæ inter alia effectum esse traditur in *L. 6. §. 1. D. de inoffic. testam.* Cui congruit, & illud, ut heredi scripto post hanc rescissionem perinde omnia observentur, ac si ab illo hereditas adita non fuisset: sic enim eveniret nullo testamento facto, seu intestato patrefamilias mortuo: quod rursum scriptum legimus in *L. eum, qui §. ultim. D. eod.*

V. Non tamen testamentum inofficiosum, quanvis tale pronuntiatum, semper totum etiam ab heredis institutione rescinditur. Interdum rescinditur tantum pro parte, pro qua & testator fit intestatus; pro reliqua valet testamentum; manetque hactenus hereditas penes scriptos heredes. Accidit horum alterum, prout est quantitas hereditatis, quæ per querelam vindicatur. Nam si petitur tota hereditas, etiam totam heredum institutionem rescindi necesse est. Sic enim evincitur tota hereditas per querelam, *d. L. eum qui, §. ultim. de inoffic. testamen.* qua evicta nihil relinquitur ex eo testamento scriptis heredibus. Quod si pars tantum hereditatis per querelam petetur, evenıet hic contra, ut hactenus solum testamentum rescindatur, fiatque hoc modo testator pro parte intestatus: cum eam partem, quæ scriptis heredibus non evincitur, necesse sit apud eos manere. Idque ita evenire variis exemplis ex facto propositis declaratur in *L. nam etsi, §. ult. L. mater*, vers. *secundum quod. L. circa, D. de inoff. testam.*

VI. Sed ne in exemplorum numero, & varietate laboremus, summa omnium redit ad hanc divisionem, in qua ipsa & ius superius per omnia possumus observare. Ut per querelam solum petatur pars hereditatis, fiatque hoc modo circa heredum institutiones, ut testamentum rescindatur tantum pro parte, duobus modis genere summis accidit. Aut enim duo sunt legitimi heredes testatoris, quorum unus tantum querelam habeat: aut unus tantum legitimus heres querelam habens, sed duo scripti heredes, quorum adversus unum legitimus non possit agere utiliter de inofficioso. Quod de duobus legitimis heredibus, & duobus scriptis dixi, exempli caussa dixi: ut nihilominus & in pluribus idem velim intelligi: sed docendi caussa duorum numero utimur, ut præceptio sit & dilucidior & brevior. Ut duo sint tantum heredes legitimi, puta filii duo, quorum unus tantum querelam habeat pro parte, ac pro hac solum infirmet testamentum, dupliciter contingit. Uno modo, si unus sit a patre exheredatus, vel, quod idem valet a matre præteritus, & alter heres institutus, sive solus, sive cum aliis heredibus. Nam qui præteritus exheredatusve est, semissem tantum per querelam vindicare potest. Vindicat enim ab intestato: atque hæc solum pars est, quam intestato patre mortuo esset habiturus, fratre eius alterum semissem obtinente. Hinc evenire in hac specie Paulus respondit, ut præterito filio agente de inofficioso, quia semissem tantum petit, idcirco non in totum

tum testamentum infirmetur; sed pro parte mater intestata efficiatur: hoc ille in *d. L. mater*. vers. *præterea. de inoffic.* Altero modo, si duo isti filii soli ab intestato heredes, ambo a matre præteriti sint, aut a patre exheredati, sed unus sine caussa, aut ea, quæ probetur ab herede scripto, alter iusta ex caussa, & ea ab herede probata. Etiam in hac specie qui immerito præteritus est, aut exheredatus, nihil amplius vindicare potest per querelam, quam semissem, quem [1] solum habiturus esset ab intestato divisa cum fratre hereditate. Alter autem cum iusta de caussa sit exclusus, semissem alterum agendo de inofficioso auferre non potest: ut proinde necesse sit similiter, ut supra pro huius parte valere testamentum, utpote ab eo pro hac parte non infirmatum. Ut autem unus sit tantum legitimus heres, duo autem scripti testamento heredes, quorum adversus unum tantum non possit legitimus de inofficioso utiliter agere; accidit id quoque dupliciter, fitque totidem modis, ut hic pro parte tantum alterius heredis testamentum infirmetur, pro huius parte consistat. Uno modo, si legitimus heres testamento exclusus adversus unum ex heredibus scriptis querelam habeat, adversus alterum aperte non habeat: ut fit in hac specie, si frater qui neque filios, neque parentes habebat, sed solum fratrem, decessit hoc fratre præterito, duobus extraneis scriptis heredibus, sed qui diversi iuris fuerint in querela perpetienda, puta uno honesta persona, altero turpi. Hic quidem certi iuris est, fratri præterito adversus turpem heredem querelam solum esse, adversus non turpem non esse. *L. fratres, C. de inoff. testa.* Ita necesse est fratre agente de inofficioso, sic pro parte turpis heredis rescindi testamentum, ut pro parte alterius consistat, ut pote hactenus non rescissum, quæ species est *L. circa, D. eod.* fit altero modo, ut legitimus heres querelam habens, cum uno ex pluribus scriptis heredibus utiliter agere non possit, si proponas filium solum legitimum heredem iusta de caussa exheredatum esse duobus heredibus institutis, a quibus si iusta caussa probetur, pariter ab utroque excludi debeat: sed adversus unum pro eius parte agentem vincere, quia caussa ab adversario probari non potuerit: separatim autem agentem adversus alterum superari, quia is caussam testamento adscriptam probaverit. In his adversus scriptos heredes diversis iudicum sententiis apparet testamentum pro parte unius rescindi, pro parte alterius consistere, quia querela adversus eum nihil egerit: idque ipsum ita servandum esse placet: quæ species est *d. L. nam etsi*, §. *ult. de inoff. testam.*

VII. In quibus omnibus ut pro parte testamentum rescindi placet, ita & illud evenit, ut testator pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videatur: quod & ipsum supra scriptis in locis omnibus traditur, apertissime in *d. L. circa, eod.* Hic ergo adversari quis dixerit regulam iuris, quæ efficit, iure civili neminem in

1) Mens igitur nostri est, quod rite, & iuste exheredatus, fratribus partem faciat, non tantum in legitima portione definienda, sed & in ipsa querela. Et recte etsi plerique dissentiant, ut & Gilchen. *in Auth. noviss. Cod. hoc tit. n.* 13. Chiflet. *de Port. legit. C.* 7. Ratio solida, quia hic nulla coniunctio, proinde nec ius accrescendi. Nam ille, nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quo exclusus, neque ab intestato; quia ad eam venire non potest, nisi per querelam, nec intestati successioni locus, nisi testamento subverso, per *L.* 39. *de acquir. her.* Atqui querela ei non defertur. Quare portio illius, quæ nunquam ulla fuit, defecta dici nequit. Atque hoc est, opinor, quod in *L.* 16. *pr. h. t.* habetur. Filiam, quæ non egit, aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrere, id est ad eandem non una vocari, *quæ non egit*. (Contrario plane modo interpretor, quam Cuiac. ut *not. C. praced. N.* 1.) eum scilicet agere non posset. Iungitur enim ei, quæ non obtinuit. Quare accipi debet quæ in pari caussa est. Quo etiam modo exponi commodius potest *L.* 8. §. 8. *h. t.* qui *non queritur* scilicet cum nec iure queri possit exheredatus, sicuti accipere videtur P. Greg. 44. *Synt.* 5. *n.* 8. (Etsi nec contraria sine expositio Accursii omnino improbabilis, ut notavi *Cap. prac. N.* 1.) qui & hoc confirmat, quia cum adversus patrem ingratus fuerit iste: commodum eius patris heredis erit, eum esse pater voluit. Adhæc iuri accrescendi locus, quando, quid de portione deficiente fieri debeat; nec lex, nec homo cavit. Hic vero voluit testator, eam heredi instituto acquiri, eiusque voluntas, quoad hunc filium ingratum, iusta. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredavit, extraneo instituto, & alter nolit agere, vel querelam amittat. Etsi enim & hic partem deficientis, non alii, quam heredi acquiri testator voluerit, voluntas tamen eius, ratione utriusque filii, iniusta. Denique delictum fratris, uti fratribus nocere non debet: ita nec prodesse, ut plus consequantur, quam ab intestato habituri. Obiic. exheredatus pro mortuo *L.* 1. §. 5. *de coniung. cum emanc. lib.* Ergo frater habet totam hereditatem, non tam iure accrescendi, quam non decrescendi, perinde ac si in rebus humanis, ille non esset. Resp. Bart. ref. Rubeo ad *L.* 14. *h. t. C.* 14. *n.* 5. id inde *d.* §. 5. ut nepotes suo iure admittantur, ideoque casum diversum a nostro esse. Quod autem iure non decrescendi sola hereditas hic obtineri nequeat, sic firmissime probo: Non habet eam alter frater, ex testamento: eo quippe, & hunc exclusum ponimus, sed immerenter, ut querelam habeat. Ergo ab intestato. Necesse erit itaque totam hereditatem, ad intestati caussam devolvi. Atqui testamento toto subverso exheredatus, etiam iuste, necesse est, ut in legitima hereditate concurrat (quod est contra *L.* 16. *pr. h. t.*) Quia exheredatio, nisi rato manente testamento, vel toto, vel saltem ea institutionis parte, pro qua est exheredatus, ut consistat iure, impossibile est, & pugnantiam implicat. Quare alterutrum hic, ex necessitate præcisa statuendum. Aut testamentum per querelam iniuste exheredati pro parte tantum eius subverti; aut si in universum intestatus pater reddatur, fratrem iuste exheredatum, cui ius querelæ non fuit, una cum fratre admitti. Cui argumento quid, vel in speciem reponi possit, non video.

paganis teſtatum ſimul & inteſtatum decedere poſſe. *L. ius noſtrum*, *D. de reg. iur.* Sed regula nihil adverſatur. Hæc, quid ius dictet, oſtendit. Nos de iudicum ſententia loquimur, & quid in propoſito valeat, quærimus. Res ſic habet. Si de iure agitur, nunquam iure fit, ut paganus pro parte teſtatus decedat, & pro parte inteſtatus, non dico ab initio, ſed ne 2 ex eventu quidem, & eo quod poſtea inciderit. Unde duobus heredibus inſtitutis, etſi unus portionem ſuam repudiat, non ideo tamen ea pars a teſtamento excidit, ut quaſi teſtator pro ea parte fiat inteſtatus, ſic ea transferatur ad heredes legitimos; ſed portio deficiens alteri coheredi accreſcit, ſi ſuam partem agnoverit, & accreſcit etiam invito: tantum ideo: ut qui pro altera parte manebat teſtatus, etiam in reliquam partem, ac proinde in totum teſtatus fieret. *L. qui ex duobus*, §. 1. *D. de acquir. her.* Neque hoc ſi ius ſpectamus, aliter fit in teſtamento inofficioſo, quod pro parte tantum reſcinditur ſententia iudicis. Nam ſi vere demens fuit, cuius teſtamentum damnatur tanquam dementis, non poteſt, quin eius teſtamentum in totum iure nullum ſit; quoniam demens teſtamentum facere non poteſt. §. *præterea*, *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Si demens non fuit, cauſſa reſcindendi ſublata, nihil poteſt dici, cur non teſtamentum iure in totum valeat. Cur ergo interdum reſcinditur tantum pro parte tanquam dementis, pro altera parte tanquam hominis ſani conſiſtit? Sententia iudicum id facit, non ius; & facit ideo, quia petitio hereditatis, quæ in iudicium deducebatur per querelam, eiuſmodi ſententiam exigit. Petebatur enim apud iudices pars tantum hereditatis, vel quia plures heredes legitimi erant, quorum ſinguli non niſi ad portionem hereditatis vocantur; vel quia plures ſcripti heredes, quorum a ſingulis non niſi pars ex qua heredes erant, peti potuit. De ea ergo ſolum parte cognoſcentes iudices, non amplius quam de ea pronuntiare potuerunt, & hanc ſententiam ferre, hactenus teſtamentum eſſe inofficioſum. Alteram partem, de qua apud eos actum non eſt, ne attingere quidem potuerunt; quam ob cauſſam & eam neceſſe eſt in ſuo loco, eoque in teſtamento manere, ut Papinianus ſcribit in *L. nam etſi*, in fin. *D. de inoff. teſtam.* Unde & idem eodem loco de hac reſciſſione teſtamenti quæ pro parte fit, ſic loquitur, ut dicat teſtamento pro parte reſciſſo, non teſtatorem pro parte inteſtatum fieri, ſed pro parte inteſtatum videri: quomodo & Ulpianus loquitur in *L. circa*, *eod.* Recte videri: non re vera, & iure non ita eſt, ſed 3 ſententia iudicis teſtamentum tantum pro parte reſcindens, & hactenus hereditatem heredi ſcripto auferens, facit, ut hactenus ſolum videatur teſtator deceſſiſſe inteſtatus, cum reliqua pars apud heredem ſcriptum maneat. Cur ergo hic potius ſententiam ſequimur, quam ius? quia rei iudicatæ ſtandum eſt, cuius auctoritate utitur is, qui egit de inofficioſo. *L. qui repudiantis*, in prin. *D. eod.* Neque vero ſententia certa parte definita, ulterius porrigi poteſt, quo alteri noceat. *L. Imperator*, *D. de poſt.*

VIII. Atque hic primus finis eſt querelæ inofficioſi, quem & hoc iudicium aſſequitur circa heredum inſtitutiones, ut ſcilicet teſtamento inofficioſo pronuntiato teſtamentum ab inſtitutionibus heredum ipſo iure reſcindatur, & in his hactenus teſtator fiat inteſtatus, quatenus de hereditate actum eſt. Alter, ut dixi, finis eſt, ut ita reſciſſo teſtamento, & re ad cauſſam inteſtati deducta, inde, id eſt, ab inteſtato, obtineatur hereditas: quæ idcirco etiam dicitur per querelam ab inteſtato peti. *L. mater*, *D. de inof. teſtam.* Et hunc quoque finem in hereditatis iure effectus iudicii ſequitur, non tamen ſine temperamento, quod hic in primis dignum eſt animadverſione. Nam qui de inofficioſo egit, & vicit, ſemper hereditatem evincit ſcripto heredi, qui victus eſt. *L. eum qui*, §. 1. *D. eod.* Idque ita eſse intelligendum eſt, etſi actor vere ab inteſtato heres non eſſet. Res enim inter eos iudicata eſt: rebus iudicatis ſtandum eſt, ſi non fuerit provocatum. *L. cum prolatis*. *D. de re iud.* At adverſus alios, non ſtatim qui in cauſſa inofficioſi

2) Recte. Nec probandi, qui ex poſt facto inteſtatum fieri, ex parte poſſe rentur, Duar. *h. t. C.* 12. P. Fab. ad *d. L.* 7. *de R. I.* Pac. 7. Q. 80.

3) Ita Ræv. ad *d. L.* 7. *de R. I.* pro parte ſuſtineri, non ipſo iure civili, ſed benigna iudicum ſententia. Facit *L.* 19. §. 2. *de caſt. pecul.* Nec alienus eſt Weſ. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 75. Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 9. Niſi quod hic eo ſolo caſu, ex parte ſuſtineri vult, cum duobus agentibus, alter obtinuit; alter non. Uno vero agente, etſi pro parte tantum ſua, totum tamen teſtamentum reſcindi, quia vitium inofficioſi per totum quaſi corpus teſtamenti diffuſum ſit, nec poſſit valere eius iudicium, qui vel unum inique exheredavit. Quod minus apte probat ex *L.* 19. verſ. *cæterum h. t.* Neque enim ſuam illi ſententiam refert IC. quod ipſe ita putet, ſed *ſi quis putaverit*, ex hypotheſi loquitur, ſenſus hic: Si vel maxime totum teſtamentum infirmaretur: tamen id nihilo magis prodeſſet filiæ conquerenti, nec quidquam plus adeptura foret, quam ſi pro parte reſcinderetur. Quapropter pro parte tantum inteſtata efficitur, ut apertiſſime dicitur *d. L.* 19. *verſ. prae.* Et refellitur Connan. ex *L.* 36. *pr. h. t.* iunctis iis, quæ iam diximus *h. Cap. N.* 1.

ciosi vicit, obtinet hereditatem ab intestato, sed ita demum, si & ipse ab Intestato solus sit heres.

IX. Quod si alii ab intestato heredes erunt, non victori proderit victoria, sed iis qui habent ab intestato successionem, ut his verbis definitum legimus in *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.* Propone hoc modo, ut in specie *L. pater, D. eod.* filius emancipatus liberis duobus quos habebat exheredatis, patre præterito vita decessit. Cum præcederet caussa liberorum, ut ibidem scriptum est: tamen pater præteritus occupans egit adversus scriptum heredem de inofficioso: cumque nemo eum repelleret, tanquam eum qui præcedentibus liberis defuncti non admitteretur ad successionem ab intestato, eoque nec ad querelam, casu obtinuit. Dicemus eum, si quidem illi res sit cum scripto herede, obtenturum adversus eum hereditatem; quia victus heres rei iudicatæ stare debeat, etiamsi maxime constet postea, patrem defuncti præcedentibus defuncti liberis ad successionem non admitti. Sed si liberi veniant & hereditatem petant, solos hos ab intestato heredes futuros; ut iam in hereditate obtinenda non patri victori victoria prosit, sed liberis, quorum in successione legitima præcedit. Cur ergo hic non prodest victoria patri, qui vicit? quia res inter patrem & scriptum heredem acta est, & adversus heredem scriptum solum iudicata. Certi iuris constitutio est, res inter alios actas, iudicatas aliis non præiudicare, non nocere. *L. sæpe, D. de re iud. Titu. C. res int. al. act. vel iud. al. non noc.* Sed esto, ne prosit patri victori victoria adversus liberos defuncti ad hereditatem obtinendam. At quomodo prodesse potest liberis vel aliis ullis, qui ipsi nihil egerunt, & multo minus iudicio vicerunt? Quid enim, an non repugnat regula iuris, quæ vetat per liberam personam, quæ iuri alterius subiecta non est, quidquam alteri civiliter acquiri, eoque & actionem ad petendam hereditatem, & ad retinendum exceptionem? *L. 1. C. per quas pers. nob. acquir. §. ex his, Inst. eod. L. ea quæ, D. de acqui. rer. dom.* Et repugnaret omnino hæc regula, si quidem diceremus ex superiore sententia hic quidquam quæsitum esse liberis ad successionem ab intestato obtinendam. Nunc autem, quod liberis acquiritur hereditas in hac specie, id iure consequuntur, non superiore sententia. Quod innuens Ulpianus in *d. L. 6. §. 1. de inof. testam.* cum dixisset victoriam iis prodesse, qui habent ab intestato successionem, hanc rationem reddit: *nam qui egit*, inquit, *intestatum patremfamilias fecit*. Id autem habet hanc sententiam; liberos in proposito obtinere hereditatem, non quia sententia prior his eam adiiciat, sed quia lex eis defert. Id autem fieri hac ratione, quod testamento superiori sententia rescisso efficiatur paterfamilias intestatus. Intestato autem patrefamilias mortuo in successione, prima caussa est liberorum, quos non ulla sententia, aut factum privati cuiusquam, sed lex sola facit heredes. *Instit. de hered. quæ ab intest. def. §. 1. auth. in successione, C. de suis & leg. here.* ut & alios omnes heredes iure fieri heredes constat. *§. quos autem, Inst. de bono. possess.* Sed dicitur his victoria patris præcedens prodesse, quia per hanc pervenit res ad 4 caussam intestati: sine quo non potuisset hereditas ab intestato obtineri. Neque ideo tamen sententia prior potuit istos facere heredes, quæ de his ne cogitavit quidem. Et ut maxime de his sensisset, nunquam tamen heredes essent, nisi lex adiiceret his hereditatem, *d. §. quos autem, Inst. de bon. poss.*

X. Quod de uno victore dictum est, qui in totum non admitteretur ab intestato, idem multo magis probandum est in uno victore, qui heres tantum esset ab intestato pro parte: ut scilicet quanvis forte tanquam solus heres egerit de inofficioso, & totum adversus testamentum obtinuerit, tamen re ad caussam intestati deducta, utatur & ipse legitimæ successionis iure, fiatque pro parte tantum heres; pro reliqua parte beneficium victoriæ perveniat ad reliquos heredes legitimos eius coheredes. Ut puta, duo sunt filii a patre exheredati, qui soli ab intestato futuri erant heredes. Unus, quasi solus esset patri ab intestato heres, cum forte abesset frater, & nuntiaretur mortuus, ita solus egit de inofficioso adversus heredem scriptum, & obtinuit, ut rescisso testamento solus evinceret hereditatem. Dicemus ex definitione *d. L. 6. §. 1.* victoriam hanc etiam fratri absenti prodesse ad hereditatem pro parte obtinen-

4) Scito. Convenit fere Pac. 3. Q. 31. Testamento rescisso, ait, heres ab intestato, non ex sententia succedit, contra regulam. Res inter alios iudicata, &c. Sed ex dispositione legis. Nec recte Duar. *h. t. C. 13. in d. L. 6. §. 1. non* exponit, id est *non tantum*. Recte vero Connan. 9. *Comm. 9. n. 4.* accipit *d. §. 1.* non tantum de extraneis plane, a successione remotis, sed & de iis, qui non iure, sed gradu excluduntur, ut nepos quem filius præcedit, vid. & Rubeus ad *L. 14. h. t. C. 5.*

nendam: quia superiore rescissione [5] pater intestatus factus sit, illo autem intestato mortuo ita esset ius successionis, ut ambo fratres patri succederent ex æquis partibus.

XI. Quod tamen sic accipiendum est, nisi qui ex his exheredatis egit, ideo solus totam hereditatem per querelam petierit, quia alter frater prius querelam repudiasset, aut alter a querela suo facto excidisset. Nam cum diximus partem huius deficientis, quam in hereditate sperare poterat, alteri fratri accrescere, *L. si ponas*, §. *ult. D. de inoff. testam.* sequitur, ut ex illo tota hereditas ad alterum fratrem pertinere cœperit, quam possit deinde per querelam vindicare. Ac semel eius facta illi invito postea auferri non potest. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* & maxime si de inofficioso agendo obtinuerit: cum ea sententia ius antea quæsitum illi confirmare debuerit, non auferre. Sed & alter frater querelam repudiando, simul hereditatem quam solum per querelam obtinere poterat, repudiare intelligitur: quo fit, ut testamento inofficioso postea pronuntiato, de quo alter frater egerit, non possit redire ad hereditatem legitimam is, qui eam repudiando amisit, *L. sicut*, *C. de repud. her.* Et hoc est, quod Paulus sensit de hac specie in *L. qui repudiantis*, in princip. *D. de inoffic. testam.* qui cum dixisset repudiantem illum non facere partem alii, qui eamdem querelam movere vult; ex eo infert, si alter ex liberis exheredatis de inofficioso egerit solus, & obtinuerit, hunc totam hereditatem obtenturum, quam & [6] totam per querelam iure petierat, quam petitionem & iudices sententia sua confirmarunt. Nec obstare ait, quod rescisso testamento, alter quoque qui prius querelam repudiaverat, ad successionem ab intestato vocatur, ideoque universam hereditatem non recte vindicasset hic, qui de inofficioso egit. Nam si hoc metuit is qui obtinuit, utetur rei iudicatæ auctoritate, quæ hunc solum pro herede habuit: & hoc, inquit, *quasi centumviri* (huius petitionis olim iudices apud Romanos) *hunc solum filium in rebus humanis esse tunc, cum facerent intestatum crediderint*.

XII. Adeo autem verum est, eum unus in solidum de inofficioso egit, qui solus ab intestato non erat heres, alios quoque legitimos heredes una cum eo ad eamdem successionem admitti, ut non dubitet Paulus, id ipsum confirmare in hac specie: cum ex duabus filiabus una præterita est a matre, altera ex quadrante instituta, & extraneus ex dodrante, præterita autem quasi sola ab intestato heres de inofficioso in totum egit tam adversus sororem suam, quam adversus extraneum heredem, & obtinuit. Nam & hic Paulus respondit, filia præterita obtinente, ut maxime totum testamentum infirmetur, tamen etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem, ut cum præterita ex æquo succedat; hoc ille in *d. L. mater*, vers. *cæterum*. Neque huic institutæ oberit sententia adversus eam dicta: quoniam adversus eam pro ea parte tantum actum est, pro qua fuit instituta: & hanc partem præterita sine dubio adversus institutam obtinebit: pro altera autem parte actum est adversus extraneum heredem. At huius partem cum præterita obtinebit, potest instituta hanc illi auferre, ad modum portionis sibi ab intestato debitæ, quia sententia adversus extraneum heredem lata filiæ institutæ nocere non potest.

XIII. Ac de effectu querelæ inofficiosi, qui versetur circa heredum institutiones, satis dictum est, sive de rescindendo ab ea parte testamento, sive de hereditate per querelam obtinenda agatur. Sequitur, ut de relictis singularum rerum, quæ eo testamento datæ sunt, cognoscamus. In quibus non eumdem effectum huius iudicii esse diximus post Novellam constitutionem Iustiniani. Et de his ius vetus ita fuit, ut testamento inter legitimum & scriptum heredem inofficioso pronuntiato non solum rescinderetur heredis institutio, quod primum fuit; sed etiam eadem opera quæcunque eo testamento scripta essent; ut iam nec libertates ipso iure valerent, nec legata deberentur, *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoffic. test.* Adeoque id ius valuit ut placeret nec fide-

5) Sed num & iis, quibus ius querelæ non est, veluti pater ad querelam admittitur præ fratre. Ab intestato simul succedunt. An rescisso per querelam testamento, a patre fratris successioni locus sit? Elegans quæstio est, de qua Vult. *in pr. l. h. t. n. 9.* (qui negat, ne frsus fiat legi, quæ non dat querelam fratribus, nisi liberi, & parentes deficiant, *supra C. 7. N. 1.*) & Ranchinus *de Success. intest.* §. 57. ubi *n. 4.* ridiculum dicit, negari querelam fratri, & admittere tamen ad successionem per querelam alterius. Confer Forst. *s. de Success. intest.* 8. *& seqq.*

6) Idem esse hoc casu, etsi totum non petierit, ut tamen totum rescindatur, sentit Connan. 9. *Comm.* 8. *n.* 2.

deicommissa eo testamento relicta a legitimis heredibus deberi, quanvis nominatim eodem testamento hi [7] rogati essent ea præstare, quasi a demente, proinde & nullo testamento relicta. *L. Titia*, in fin. *D. eod.* Eratque plane consequens regulis iuris, ut ita constitueretur, nisi si lege aliqua placeret hac parte aliquid immutari. Nam heredis institutio ita habetur iure vetere, ut ex ea testamentum vim accipiat, & ob id caput & fundamentum intelligatur totius testamenti, ut est in §. *ante heredis*, *Instit. de leg.* Quo iure posito, sequitur, ut sublata heredis institutione, sive quod nullus ab initio scriptus sit heres, sive quod is hereditatem non adierit, nihil in eo testamento scriptum valeat: quod & ipsum regula iuris usurpatum est. *L. nemo*, 5. *D. de test. tut. L. eam quam*, *C. de fid.* Nec mirum fit placuisse, re inter legitimum & scriptum heredem de inofficioso testamento iudicata, eam sententiam nocere legatariis, & servis manumissis. Nam inter hos sententia fertur de re testamenti principali; nempe de heredis institutione, quæ in testamento totum facit, ut dixi. Atque hæc his agentibus utpote de hereditate contendentibus sic fit irrita, ut nec videatur ab initio ulla fuisse. *L. eum qui*, §. 1. *D. de inoff. testam.* Porro cum principalis caussa non consistit, ne ea quidem possunt, quæ sequelæ aut accessionis locum habent. *L. cum principalis*, *D. de regul. iur.* Idcirco non idem placuit, si uno legatario legatum petente, is ideo remotus esset, quia testamentum ruptum, vel irritum, aut non iustum pronuntiatum esset. Hanc, inquam sententiam placuit aliis vel legatariis, vel manumissis præiudicium non facere. *L.* 1. *D. de re iud.* Scilicet quia inter legatarium & scriptum heredem de re principali testamenti, puta hereditate, non agitur.

XIV. Post ab hoc iure recessum est constitutione Novella Iustiniani, cuius ante memini, & cuius summa refertur in *d. auth. ex caussa*, *C. de lib. præt. vel exher.* Sic autem verba sunt: *Ex caussa exheredationis vel præteritionis* (proinde & ex caussa inofficiosi) *testamentum irritum fit, quod attinet ad heredis institutiones, cætera namque firma permanent.* Cætera intelligit, omnia quæ præter hereditatem testamento relinquuntur, legata, fideicommissa, libertates, & si quid est his simile, quæ omnia Iustinianus vult nihilominus in universum valere. Ergo his paucis verbis posterioribus tolluntur ea omnia, quæ ad hanc legatorum & libertatum rescissionem pertinentia scripta legimus sub Titulo *D. de inoff. testam.* Quæ ut facilius a nobis observari possint, & observata minus nos fallant, numero complectar, & in singulis mutationem iuris quam brevissime indicabo.

XV. Et tria erant, veterum scriptis ideo hic tractata, quæ legata & libertates ab hac rescissione vindicare poterant: conditio iuris huic rescissioni posita; cautio prodita adversus rescissionem; & ex hoc iure exceptiones quædam.

XVI. Conditio in hoc iure hæc fuit, ut ex testamento inofficioso neque legata neque libertates deberentur, si in caussa inofficiosi iudicatum esset, & contra testamentum ipsum tanquam inofficiosum pronuntiatum. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. testam.* Hinc caventes veteres recte monebant, quod ad vim testamenti & relictorum pertineret, si de inofficioso testamento inter legitimum & scriptum heredem transactum esset, quanvis id factum esset instituta iam inofficiosa accusatione, & quidem ita, ut scriptus heres sponte hereditate cederet: nihilominus testamentum in suo iure manere; ideo etiam datas in eo libertates & legata [8] deberi. *L. si suspecta*, §. *quanvis*, *D. eod.* Scilicet quia secundum conditionem supra scriptam iuris, de inofficioso iudicatum non esset. Idem iuris esse de relictis, si herede non respondente secundum præsentem iudicatum esset. *L. qui repudiantis*, §. 1. *D. eod.* Nam & hic videbatur magis heres condemnatus esse, quia abesset, nec iura sua proponeret, quam quod testamentum esset inofficiosum. Conditio autem iuris superior hoc exigit, ut pronuntiatum sit contra ipsum testamentum. Ideo Paulus in *d. L. qui repudiantis*, §. 1. recte ait, hoc casu non eredi ius ex sententia iudicis fieri: ideo libertates competere, & legata peti. Nos dicimus nihil ista interpretatione & admonitione opus esse ad conservationem relictorum. Non enim tantum, si de inofficioso transactum sit, aut iudicatum solum contra personam

7) Et sic clausula codicillaris adiecta, legata non sustinebat Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 72. Ratio, quia demens non magis codicillos, quam testamentum condere potest.

8) Ubi ratio dubitandi. Transactio habet vim rei iudicatæ. Res iudicata nocet legatariis, nisi appellaverint *d. L.* 29. *pr.* Ratio decidendi, ne in voluntate heredis scripti sit, facto suo adimere legata. Res vero iudicata afficit rem ipsam, quia de iure testamenti fertur sententia, & auctoritatem habet a iudice. Immo a transactione, si noceret, non posset appellari, nec restitutio peti, ab aliis, quam qui transegerint, A. Fab. ad *l.* 3. *D. de transact.*

nam heredis; sed etsi iudicatum sit, & pronuntiatum aperte contra ipsum testamentum, nihilominus hodie ex constitutione Iustiniani legata & libertates salvæ sunt.

XVII. Cautio veterum adversus periculum rescissionis hæc erat. Quoniam enim re inter legitimum & scriptum heredem de inofficioso testamento iudicata, ius fiebat ex sententia, eoque & præiudicium afferebatur, legatariis; *d. L. qui repudiantis*, in fin. *L. Papinianus*, *§. ult.* hac de caussa veteres hoc consilium dabant legatariis, ut si hic metuerent collusionem heredis scripti, qui facile pateretur pecunia se vinci, ipsi adessent iudicio, & voluntatem defuncti tuerentur, aut si contra testamentum pronuntiatum fuisset, appellarent: fiebatque his utriusque rei potestas constitutionibus. *L. si suspecta*, in princ. *D. de inoff. testamen.* Hanc cautionem sciamus hodie esse supervacuam: cum sive collusorie, sive bona fide & sedulo scriptus heres testamentum defenderit, & victus sit, omnimodo ex superiore constitutione legata debeantur absentibus & ignorantibus legatariis.

XVIII. Exceptiones ex hoc iure duæ erant. Una pertinebat ad libertates testamento relictas. Ius ita erat, ut rescisso ex caussa inofficiosi testamento etiam libertates conciderent. Excipiebantur libertates fideicommissæ, hac lege, ut placeret, etiamsi intra quinquennium actum esset, nihilominus esse præstandas, dum modo manumissi singuli viginti aureos præstarent victori. Excipiebantur & directæ; quas & ipsas placebat non esse revocandas, sed hac conditione, si inofficiosum dici cœptum esset post quinquennium; eodem illo onere insuper iniuncto, ut viginti aurei præstarentur a singulis: hæc in *L. Papinianus*, *§.* [9] *ult. L. 9. seq. D. de inoff. test.* Quæret aliquis, quomodo post quinquennium agi possit de inofficioso; cum dixerimus supra, querelam inofficiosi quinquennio finiri. Et sane non potest agi iure ordinario & communi; de quo iure superius illud dictum est: sed potest iure extraordinario puta per in integrum restitutionem, aut beneficio ætatis: ut, si proponas minorem viginti quinque annis, cui querela competierat, intra quinquennium non egisse: placet ei ætati non imputari id quinquennium, ut proinde ætate legitima impleta integram inofficiosi querelam habeat. *L. 2. C. in quib. caus. in inte. rest. neces. non est.* Altera exceptio ducebatur ex errore testantis. Nam si mater falso rumore perlato de filii morte, præterito filio alios heredes testamento instituisset, constabat filium reversum de inofficioso matris testamento agere posse: sed Hadrianus Imperator in hac specie hoc concesserat errori matris, ut cum hereditas ad filium pertineret rescissa heredum institutione, saltem libertates & legata a matre relicta præstarentur. [10] *L. cum mater*, *D. de inoff. test.* Hodie post illam Novellam Iustiniani bis exceptionibus non utimur. Generaliter enim, & sine ulla circumscriptione verum est, ex caussa inofficiosi rescissis heredum institutionibus, nihilominus cætera firma manere. Ergo & libertates valent tam directæ, quam fideicommissariæ: nec interest in utroque genere quando agi cœptum sit de inofficioso, utrum intra quinquennium, an postea: & præstantur ambæ ita, ut testamento relictæ sunt; proinde gratis, ut ob eam præstationem nihil a manumissis exigatur. Ne illud quidem distinguemus ad vim libertatum, legatorumve omnium, quo animo testator filium præterierit, errorene, an consulto illius excludendi caussa: sed ut maxime illum mater aut avus maternus sciens vivere præterierit, tamen rescisso testamento legata & libertates debebuntur. Et hæc hactenus de effectu querelæ inofficiosi, qui quidem proprius sit huius iudicii naturæ. Is autem est, non cum querela frustra instituitur, sed cum utiliter, eoque & illa finem suum obtinet: eum scilicet recte agenti tribuuntur ea, quæ hæc querela persequitur, quæ posita sunt in rescissione testamenti, & hereditate ab intestato obtinenda.

XIX. Unus effectus est huius iudicii præter finem & naturam iudicii comparatus, non pro actore, sed contra actorem, constitutus non ulla petitione actoris aut rei, sed ipso iure, de quo hic monendi locus est. Is autem effectus est pœna, quam hoc iudicium irrogat victo acto-

9) Ubi per eas, quæ competierunt, significantur directæ, per præstitas fideicommissariæ, Chiflet. *Lib. 2. de Iure fideicomm. C. 8.* Connan. 9. *Comm. 9. n. 2.* Quamvis autem directa libertas ab adita statim hereditate competat: quinquennio tamen, quo querela institui potest, ut testamentum, ita & ipsa suspensa est. Quo lapso, præscripta quodammodo est, cum id tempus, in omni liberali caussa servatum fuerit, Connan. *d. n. 2.* Ideoque dispensatio, ex magna caussa libertati semel acquisitæ nocere nequit arg. *L. 9. § ult. de minor.* Franc. de Caldas ad *L. 3. C. de in int. restit. in defunt. V. Lasis n. 162.* Sane & pro parte rescisso testamento, libertates sustinentur, etsi legata tunc, pro parte præstentur *L. 13. C. h. t.* quæ scilicet divisiones recipiunt, alia in solidum, Duar. *h. t. C. 14.*

10) Vid. *supra Lib. 6. C. 13. N. 23. N. 7. & seqq.*

actori. Quemadmodum enim qui iuste queruntur de inofficioso, iure optimo factum est, ut his consuleretur proposita querela ad testamentum rescindendum: ita etiam si quis improbe testamentum accusarit, & victus sit, visum est eum pœna accusationi congruente coerceri debere, ne quis temere prosiliret ad hanc accusationem. Et pœna hæc constituta est, ut qui improbe testamentum inofficiosum dixit suo nomine, & præsens victus est, id quod testamento ei datum est, perdat, & id fisco vindicetur, quasi indigno ablatum: hoc in *L. Papinianus. §. meminisse, D. de inoff. test.* Quæ constitutio cum duas has res contineat, personam eius qui pœna afficitur, & pœnam; quale id utrumque esse velit, paucis consideremus.

XX. Et in eo, adversus quem hæc pœna est, quatuor exigimus. Primum, ut quis improbe inofficiosum dixerit: hoc in *d. §. meminisse*. Proinde si quis per errorem movit querelam, dum non existimat caussam iustam subesse exheredationis, aut cum alii iure præcederent, ignorans illos vivere, se ad querelam admitti putat, relictum quanvis victus non amittet. Secundum, ut qui egit de inofficioso, in lite improba ad extremum perseverans iudicio victus sit: unde rursum colligit ibidem Ulpianus, eum qui querela mota ante sententiam destitit, vel decessit, non amittere quod datum est. Tertium, ut præsente eo qui querelam instituit, & caussam agente pronuntiatum sit pro testamento: quod si eo absente secundum præsentem pronuntietur, adiicit Ulpianus eodem loco, conservandum ei, quod accepit: nempe ideo, quod qui absens victus est, non tam victus videtur, quod malam caussam haberet, quam quod abesset, nec caussam ut oportet ageret. Postremum, ut qui victus est, de inofficioso egerit suo nomine. Diversum, si quis alieno nomine agens victus sit, ut tutor pupilli, pater filii nomine. *L. adversus, §. 1. L. filius. §. 1. D. de inoff. test.* Idemque est, si quis caussam inofficiosi a decessore suo inchoatam peregerit & victus sit. *d. L. filius. §. 1.* Quibus omnibus in unum collatis, quis sit is qui superiore pœna teneatur, facile intellectu est.

XXI. Adversus eum qui ita egit, & victus est, sic est superior pœna, ut amittat, non quidquid a testatore seu de bonis testatoris accepit, sed solum quod ei testamento datum est. *d. L. Papinianus, §. meminisse, de inoff. testam.* Primum quod datum est. Intelligitur autem ei datum, cuius emolumentum ad eum pertinet: datum ei, & ab eo captum, quod apud eum mansurum est. *L. aliud est capere, D. de verb. signif.* Quapropter si quod ei legatum est rogatus sit alteri restituere, id agente eo, & victo in caussa inofficiosi, non amittetur: quia alteri datum est, nec debet ei alteri, qui nihil commisit, fieri iniuria. Hoc in *d. §. meminisse*. in fin. Deinde quod datum est testamento. Quibus verbis duo genera acceptorum excluduntur, quanvis profecta sint a testatore. Primum, si quid victus de bonis defuncti consequatur iure, non iudicio defuncti: cuiusmodi est quarta debita ex constitutione Divi Pii. Finge ita. Avus maternus nepotem ex filia impuberem arrogavit, quem & emancipavit postea. Huic emancipato constitutione Divi Pii quarta debetur in bonis avi. *§. item non aliter, Inst. de adop.* Si proponas eundem postea præteritum testamento avi, non potest quidem is iure queri de inofficioso, qui quartam habet; si tamen egerit, quia non repellebatur exceptione, & victus sit tanquam iusta ex caussa testamento adscripta, eaque probata exheredatus (nam & impubes doli capax potest mortem moliri, venenum miscere) dicemus nihilominus quartam eum retinere, utpote tanquam æs alienum iure debitam, non testamento relictam: hæc sententia est *L. Papinianus, §. si quis impubes, D. de inoff. testa.* Alterum genus superioribus verbis excluditur earum omnium donationum, quæ in eum qui de inofficioso questus est, collatæ fuerint a vivo testatore, non tantum earum, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quæ dicuntur inter vivos; sed etiam earum, quæ propter mortis fiunt suspicionem, quæ dicuntur fieri mortis caussa; ut est de his generibus traditum *Inst. de don.* in prin. & *§. aliæ*. Quidquid istius generis donatum a vivo testatore accepit is qui de inofficioso testamento questus est, quanvis non obtinuerit, tamen id totum retinet. De iis quæ inter vivos donata sunt, minor dubitatio; cum huiusmodi donationes nec dici possint testamento relictæ, nec legatis quæ testamento dantur, comparentur. *d. §. aliæ, Inst. de donat.* De donatione caussa mortis potest dubitari; cum etsi hæ non relinquantur testamento, tamen generaliter traditum sit, eas comparari legatis & quidem per omnia. *L. illud, D. de mort. cau. donat. Inst. de don.* in pr. Sed tamen ne has quidem placuit auferri ei tanquam indigno, qui inofficiosum dixit,

xit, etsi victus est. *L. post legatum*, §. *penult.* *D. de his quæ ut ind. aufer.* Quid est igitur, quod dicuntur hæ donationes per omnia legatis esse comparatæ, si quemadmodum hic legatum a victo amittitur, ita non amittitur donatum caussa mortis? Nempe hoc ita intelligendum est, ut donationes pro legatis haberi debeant per omnia, in re dubia, & quoties de eo genere nihil usquam aperte dictum est in legibus, quominus id pro legato accipi debeat. Non pertinet ad eas leges, quibus aperte in re aliqua donationes caussa mortis a lege communi legatorum eximuntur. Non est enim ignotum, semper legem posteriorem servandam, quæ de genere aut prioribus legibus aliquid excipit. *L. ult. D. de constit.* princ. Atqui id in proposita pœna accidit. Nam quæ constitutiones ei, qui de inofficioso victus est, acceptum a defuncto auferri iubent, nominatim referuntur ad id, quod testamento datum acceptumve est. *d. L. Papinianus*, §. *meminisse*, quibus verbis constat donationes caussa mortis non contineri. Dici quidem poterat, propter similitudinem contineri sententia. Sed huic interpretationi locus non est in pœnis; quæ interpretatione molliendæ sunt potius, quam exasperandæ. *L. penult. D. de pœn.*

XXII. Illud meminisse oportet, quod initio monui, quidquid hic amittitur, non adiici heredi scripto qui vicit, [11] sed vindicari fisco tanquam indigno ablatum, *d.* §. *meminisse*. Tenendum & illud, pœnam hanc omnem constitutam esse, adversus actorem quidem qui egit de inofficioso, sed eum qui non obtinuit: adversus eum qui vicit, nullam. Quo referri debet responsum Modestini in *L. etiam*, *D. de inoff. test.* cuius hæc est sententia; si ex pluribus filiis unus, qui donatas quasdam res a vivo patre acceperat, aut filia una, quæ acceperat dotem, cum immerito exheredati essent, de inofficioso egerint, & obtinuerint, non modo eos hereditatis partem, quam evicerunt, habituros, sed etiam donationes in se collatas retenturos, ut nihil inde possint fratres sibi vindicare, & victoribus auferre, quasi indignis liberalitate patris, qui eius iudicium supremum oppugnassent. Quippe, ut dixi, pœna hic indicta est improbe, non iure agentibus, & his victis, non vincentibus.

CAP.

11) Ex eo enim, quod quis impugnare nisus est, non debet lucrum consequi *C. ex eo* 38. *de R. I. in* 6. & ut semel probatum improbare non licet: ita nec improbatum antea probare, & quæstui sibi habere *L.* 4. *&* *ult. C. de repud. her. cum simil.* Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 68. Connan. 9. *Comm.* 10. *n.* 10. *&* *seqq.* Duar. *h. t. C.* 15. P. Greg. 44. *Synt.* 4. *n.* 4. add. Cagnol. ad *d. L.* 8. §. *meminisse* 14. *h. t.*

C A P. XI.

De querela inofficiosæ donationis querelæ inofficiosi testamenti succidanea: seu, De inofficiosis donationibus ad similitudinem inofficiosi testamenti revocandis.

Querelæ inofficiosæ donationis Origo. Huius cum inofficiosi testamenti querela coniunctæ, tractatio. I. II.
Tractationis summa, rerumque partitio. III.
Inofficiosa donatio quid sit; unde dicta; an revocetur, idque perpetuo IV.
Nunquam revocatur quæ non est talis; nec si aliquo deiu casu perierit bonorum pars reliqua. V.
Si alia donatione bonorum triens quod supererat, exhaustum, posterior sola & quidem tota revocabitur. VI VIII.
Legata, quæ sunt ultra dodrantem, in revocatione quid differant a multiplici donatione quæ bessem excedat. VII.
Donatio inofficiosa an tota revocetur, an pro parte, & qua. Nonnullorum sententia qua distinctione temperetur. IX.
Verior auctori Azonis sententia; Hæc cuiusmodi: distinctio superioris improbatur. X.
Contrariis occurritur. XI. XII. XIII.
Donationem totam ipso iure valere, etsi inofficiosam; eatenus rescindi dumtaxat, quatenus talem. XIV.
Contrariis obviam itur. XV.
Querela donationis inofficiosæ non utimur, dum alia qualibet ad bona defuncti possumus pervenire. XVI.
Hæc alia, aut actio familiæ erciscundæ; aut ex persona minoris in integrum restitutio. Utraque quando locum habeat. XVII. XVIII.
Donationis inofficiosæ querelam actionem esse, non in personam, sed in rem: & ad vindicationem referri. XIX. XX.
Inofficiosa querela donatori non competit; Neque contrarium colligitur ex L. si totas 5. C. de Inoff. Donat. XXI. XXII.
Ea competit liberis, parentibus, fratribus consanguineis ad eum plane modum, quo inofficiosi querela. XXIII.
Quin & iisdem de caussis quibus inofficiosi querela, denegatur superioribus personis. XXIV.
Item amittitur iisdem modis; & eadem inter plures ad hanc instituendam successoria vocatio. XXV.
Adversus quos instituatur; qua de re; cuius rei gratia, explicatur per summam. XXVI.
De dotibus inofficiosis. XXVII.

I. Querelæ inofficiosi testamenti non solum finitima est querela inofficiosæ donationis, sed etiam re ita coniuncta, ut non possit ab illa separari. Est enim hæc querela auxilium succidaneum querelæ inofficiosi, comparatum illius confirmandæ caussa: ac sine eo plerumque prior illa elusoria sit & inutilis: quæ iustissima ratio fuit illos titulos in Codice coniungendi, *De inofficioso testamento*, & *De inofficiosis donationibus*. Id adeo declarabit occasio & caussa huius posterioris introducendæ: quam & ipsam occasionem iam a principio notam esse, vel ideo maxime ad rem pertinet, quod hinc prima origo rei est, hinc initium eius cognoscendæ primum ducitur; ubi sic tanquam ex caussa effectum ipsum colligas. Occasio hæc fuit. Cum ita ius constitutum esset, ut qui liberos habebat, aut parentes, aut fratres, si res testamento facto non pateretur sibi esse heredes, aliis institutis, iuberetur his saltem relinquere legitimam portionem ex bonis, pœna hac solum indicta, ut nisi relinqueret, parata esset adversus eius testamentum querela inofficiosi: cœpit postea huic iuri fraus fieri ab iis, qui omnimodo superioribus personis de suo nihil relictum vellent; & inventa est ratio, qua cum illis nihil omnino relinquerent, tamen vitarent eodem facto inofficiosi querelam. Ratio posita in donatione inter vivos, si quis in quos totum patrimonium conferre impune testamento non potest, in eos effundat inter vivos donatione. Hac donatione utrumque illud consequitur donator, quod dixi. Primum ea re legitimis heredibus suis legitimam portionem, quæ eorum in illis bonis futura esset, aperte adimit. Nam qui totum, aut pene totum patrimonium donavit, utique in his bonis

bonis nihil cuiquam relinquere potest, quæ habere desiit. De reliquo si quos instituat heredes, tamen cum id nihil sit, nihil his in eo relinquere possit præter nomen inane heredum, ut est in *L.* 3. *C. de inof. don.* Sed nec minus eodem facto donator querelam inofficiosi excludit, quam aut nullam relinquit iure, aut re ipsa inutilem constituit. Nam si postea liberos instituat, aperte querelam summovet, quæ non competit, nisi præteritis aut exheredatis. *Inst. de inoff. testam.* in princ. Si decedit intestatus, multo magis querela excluditur, cui locus non est nisi adversus testamentum inofficiosum, ut titulus actionis indicat. Et ut forte testamentum faciat, & aliis institutis liberos aut similes personas excludat, aperit quidem his iure querelam inofficiosi testamenti: sed ad nullam rem utilem, nisi ut rescisso testamento ab intestato heredes facti, vanum, ut dixi, & inane consequantur nomen heredum, hereditate iam ante donationibus exhausta. Et hoc est, quod tot constitutionibus legimus donationes inofficiosas instructas esse ad querelam inofficiosi excludendam, ad intervertendam, ad eludendam. Ut ista in his locis hoc ordine occurrent. *L. si mater, C. de inoff. don. L. Titia* 87. §. [1] *Imperator, D. de leg.* 2. *L.* 1. *C. de inoff. don.* Dicitur excludi, quæ post has donationes aut in totum removetur, aut re ipsa constituitur inutilis. Dicitur recte interverti, quæ tanquam furto, & clam, ac velut aliud agendo adimitur iis, quibus eam legitima portione fraudatis dari conveniebat. Dicitur tunc maxime proprie eludi, cum donator patrimonio inofficiosa donatione exhausto, post deinde testamento facto eos qui de inofficioso queri poterant, heredes instituit. Sic enim instituendo videtur in speciem maxime his consultum velle, ac non quartam his legitimam tantum, sed totam hereditatem relinquere: re autem vera eos ludificatur, ut pote sub persona heredum nihil illis relinquens nisi nomen inane. Quæ cum omnia contra officium pietatis malitiose structa esse constaret, ad detrahendam iis quibus maxime debebatur, non solum querelam inofficiosi, sed etiam eam propter quam hæc querela introducta est, legitimam portionem; visum est faciendum esse; ut huic fraudi opportuno remedio occurreretur. Quod & factum est, cumque videretur ad satisfaciendum superioribus personis satis esse, si donatio in tantum revocaretur, quantum sufficeret legitima portione fraudatis ad eam portionem obtinendam, etiam hoc remedium adhibitum est, placuitque hactenus donationem revocari agentibus iis, ad quos ea res pertinet; & constituta in eam rem [2] querela inofficiosæ donationis, ad similitudinem querelæ inofficiosi. Estque id argumentum totius tituli. *C. de inofficios. donation.* Ac de his donationibus, deque querela ad eas revocandas constituta nunc agimus.

II. Sed cur hoc loco? dicet aliquis. Nam aliis locis, & his quidem remotissimis agitur ex professo de donationibus, & in eo genere de his ipsis revocandis. Et hic de donatione, & ea revocanda agitur. Cur non igitur hæc species revocationis ad suum genus refertur? Quod si placet hanc speciem ab illo genere distrahi, cur tractatur hoc loco? Nam institutus nobis sermo est de actionibus in rem recte instituendis, & in his primum de hereditatis petitione. At querela inofficiosæ donationis ut maxime in rem sit, non est tamen petitio hereditatis. Et quod de inofficiosa donatione revocanda non agitur sub Titulo generali *C. de revocandis donationibus*, mirum videri non debet. Agitur enim eo loco tantum de donationibus a donatore ipso revocandis. Hic agitur de inofficiosis, quæ revocantur solum ab aliis, & quidem maxime invito donatore. Cur ergo ab aliis? Et si caussa revocationis quæritur, ut certe ante omnia constituenda est, omnino hæc revocatio, eiusque revocationis actio ad hunc locum pertinet. Intellectum iam puto, eoque spectavit oratio superior, ut intelligeretur, hanc revocationem, atque hanc querelam inofficiosæ donationis comparatam esse querelæ inofficiosi testamenti confirmandæ caussa, dum id agitur, ut quod illa metu suo obtinere non poterat de portione legitima extorquenda, propter fraudationem donationis, id per rescis-

1) Ubi rescriptum Alex. Severi, qui primus auctor huius querelæ: Cuiac. *in Nov.* 92. A. Fab. 3. *Coniect.* 17. *sub fin.* Wes. *ad h. t. C. n.* 13.

2) Datur hæc querela, non nisi heredi, vel scripto, vel ab intestato regulariter, & nunquam contra verum heredem, in quo utroque differt a priori. Exheredato tum demum datur, cum querela prior, salvam legitimam præstare nequit; veluti Pater, undecim uncias donavit Titio. Post in eo, quod superfuit, Caium instituit heredem, filio excluso. Hic querela prior, etsi evertat totum testamentum, nihilo tamen plus uncia una, filio tribuere potest, quia illa sola in hereditate fuit: Devenitur igitur ad hanc. Liberis vero solis institutis, etsi evacuato antea largitionibus patrimonio, nec querela inofficiosi testamenti datur neque actio expletoria, ex *L.* 30. *C. de inoff. test.* cum legitima petatur ex bonis, quæ defunctus, cum decederet, reliquit *L.* 6. *C. d. tit.* Wes. *ad hoc tit. C. n.* 5. *&* *n.* 13.

scissionem huius ipsius donationis consequatur, aut certe quod illi deerat, per hanc querelam suppleatur. Quod si ita est, verum est illud, quod initio sum præfatus, sic hanc posteriorem necessitate coniunctionis ad priorem illam affectam esse, ut ab ea divelli non possit. Scimus enim, ut sese habeant inter se res confirmata, & rei confirmatio. Intelligunt omnes has res duas maxime esse diversas; & tamen fateri cogimur sic inter se esse connexas, ut una sine altera stare non possit, & maxime confirmatio. Nam res quæ confirmatur, siquidem confirmatione indiget, sine sua confirmatione vim suam exercere non potest: confirmatio autem omnis per se inanis quædam res est: tum valet, cum adiuncta est ei rei cui confirmandæ adhibetur. Quod si ex præcedentibus minus adhuc intelligitur, quod non puto, querelam inofficiosæ donationis auxilium esse illius confirmandæ caussa comparatum, id sic facile demonstrari potest. Querela inofficiosi testamenti duos hos fines disiunctim propositos habet. Unum, ut huius querelæ motu velit testator iis personis, quibus debet, saltem legitimam portionem relinquere. Alterum, ut si hoc metu non tangitur, eoque nec istis legitimam portionem tribuit, incurrat eius testamentum in querelam inofficiosi testamenti. Quo per querelam rescisso superiores personæ non tantum legitimam consequantur, sed etiam totam hereditatem, quantam ab intestato obtinerent. Utrumque hunc finem intervertit his inofficiosa defuncti donatio, ut supra ostendi. Restituit priorem illum & confirmat huius donationis revocatio, eiusque obtinendæ caussa querela. Verum est igitur hanc querelam confirmandæ prioris illius caussa esse constitutam. Quo efficitur, non aliter tractari debuisse, quam ut subiiceretur superiori, cuius caussa est comparata. Hæc de occasione huius querelæ introducendæ, deque eius coniunctione cum superiore, itemque de eius hoc loco tractatione. De re iam videamus.

III. Summa autem hæc est: cum inofficiosæ donationes excogitatæ essent ad legitimam portionem iis quibus eam relinqui oportebat, fraudulenter adimendam, & simul querelam inofficiosi his ipsis excludendam; remedio adversus fraudem quæsito, id esse conveniens visum est, ut quod satis esset ad eam legitimam conficiendam, revocaretur donatio: deque ea re ita ius constitutum: ut donationes inofficiosas iis qui nulla donatione facta de inofficioso queri poterant, ius sit revocare hactenus, dum ex bonis donatis legitimum bonorum subsidium, seu legitimam portionem consequantur: proposita ad eam revocationem inofficiosæ donationis querela, qua utantur eodem iure, eodemque ordine, quo proposita est querela inofficiosi testamenti. Idque argumentum est, & summa Tituli *C. de inofficiosis donationibus*. Hæc brevius & acervatim dicta obscuriora sunt, & minus certa; omninoque in plerisque partibus animadversionis non confirmationis tantum indigent. Demus igitur operam, ut horum singula nobis distincte explicentur. Quod ita commode fiet, si re in suas partes distributa, atque his ordine expositis, sic tanquam totum ex suis partibus spectandum proponamus. Continetur autem hoc ius in summa tribus his velut partibus; re quæ revocatur; quantitate revocationis; & revocandi modo. Res quæ revocatur, est donatio inofficiosa. Quantitas revocationis ea, ut aut donatio tota revocetur, aut pro parte tantum: atque hic utrum horum fiat, & si partis tantum revocatio est, cuius partis sit, quæritur. Revocandi modus, ut aut revocetur donatio ipso iure, tanquam quæ non constiterit ipsa per se quatenus inofficiosa est, aut revocetur proposita tantum ad eam rescindendam actione. In quo rursum utrum horum placeat, quæritur: & si actio tantum ad eam rem proposita est, qualis sit hæc actio, quibus detur, adversus quos, qua de re, cuius rei caussa. Cum sint ergo hæ huius iuris partes, de his ordine, quid unaquæque ferat, breviter dicemus.

Res, ut dixi, quæ revocatur, est inofficiosa donatio: qua revocatione non constituta longius progredi non licet. Constituendum igitur hic iam a principio, quæ sit inofficiosa donatio, & quid valeat illud, quamquam verum sit, quod dicitur inofficiosam donationem revocari. Inofficiosa donatio est, donatio inter vivos, quæ iis qui de inofficioso testamento queri poterant, nec legitimam portionem relinquit, quæ futura esset in bonis donantis, si nulla donatione facta decessisset; olim quartam debitæ ab intestato portionis, hodie trientem, ut in ea parte quæ de hac legitima est, exposuimus titulo superiore. Idque ex eo licet facile intelligere, quod omnibus rescriptis, quæ sunt de his donationibus inofficiosis, hæc portio solum, tanquam quæ sola faciat donationem inofficiosam, de donatione revocatur. *L. 2. L. si totas. L. si mater. L. penult. C. de inoff. donat.*

nat. Sic dicta donatio inofficiosa, quod facta sit non ex officio pietatis; & hoc ideo, quod debitum bonorum subsidium (sic appellatur hæc legitima portio in *d. L. si totas.*) 3 adimat iis quibus omni iure pietatis id relinqui oportebat: quomodo & inofficiosum testamentum dicitur. *L. 2. L. nam etsi, D. de inoffic. testamen.* Illa autem dicitur nec quartam partem relinquere, quæ dodrantem debitæ portionis ab intestato excedit: illa nec relinquere trientem, quæ excedit bessem. Unde intelligitur illam legitimam nec inofficiosam donationem olim fuisse, quæ intra dodrantem patrimonii donati consisteret: hodie illam, quæ consistat intra bessem; atque hunc legitimum donandi modum & fuisse olim, & nunc esse. Cuiusmodi habita ratione factum est, ut quæ donatio dicitur inofficiosa, quia hunc modum egreditur, eadem dicta sit immensa, immoderata, 4 immodica, *L. 2. L. 4. L. ult. C. de inoffic. donat.* Immensa, quia sine mensura iusta. Immoderata & immodica, quia extra legitimum modum.

IV. Huiusmodi ergo donationes revocantur; sic enim de hoc genere scriptum est in *L. si mater, C. eod.* In quo duo dici animadvertendum est. Non enim tantum id dicitur, quod verba exprimunt, donationem inofficiosam revocari; sed etiam illud quod verba significant, si donatio intra legitimum modum consistens inofficiosa non sit, ex hac parte revocari non posse. Prius perpetuum non est, posterius ita verum est, ut tamen interdum de eo possit dubitari; utrumque igitur explicandum. Sciamus igitur quod dicitur donationem inofficiosam revocari, ita temperandum esse, nisi donator tantum quæsierit postea, quantum satis sit ad quartam patrimonii donati, ut olim, ut nunc, ad tertiam conficiendam, idque iis quibus ea portio debebatur, 5 reliquerit. Non sane quod non fuerit donatio inofficiosa, & talis non maneat; sed quia in legitimam quæ detrahitur de ea donatione, imputatur omne quod de bonis donantis ab eo accipitur; ac legitima portione accepta, cessat revocatio factæ donationis. *L. cum donationibus, C. de inoffic. donat.* Idcirco etsi non tantum accesserit donanti postea, quantum sufficeret ad legitimam portionem implendam, tamen quantumcunque id erit, quod accesserit, si relictum erit liberis, similibusve personis, tantum ut de legitima, ita & de querela inofficiosæ donationis decedat.

V. Iam quod e converso significatur, si donatio inofficiosa non sit, non posse eam ex hac parte revocari, verissimum est, & perpetuum, quisquis eventus id quod de bonis donatis reliquum erat, donanti abstulerit. Et tamen de his iuste dubites,

3) Ut vero hæc excludatur, non opus est haberi legitimam, titulo institutionis; *L. 6. ibi nec tantum dos, &c. C. h. t.* Wes. *h. t. C. n.* 58. Pone. Qui 120. in bonis habebat, 40. filiæ unicæ in dotem dedit, reliqua 80. donatione in Caium contulit. Hic, sive filia heredis inane nomen habeat, cum nihil in hereditate sit; sive exheredatæ, ubi querela inofficiosi testamenti inutilis erit, hæc tamen querela non datur.

4) *L. un. C. Th. h. t. L. 6. C. Th. de inoff. test.* Et revocatur donatio, sive inter vivos, sive mortis caussa, ut Wes. *h. tit. C. n. 6.* sive in iudicio, sive extra id celebrata. Et donatio quoque ob caussam, quatenus in puram donationem incidit; non vero quatenus donatario ea caussa onerosa, Wes. *d. lo. n.* 30. Sic & in ludo profuso per patrem perdita posse a filiis hac querela revocari, cum huiusmodi acquisitiones lucrativæ sint, censet Wes. *ibid. n.* 28. add. P. Greg 44. *Synt.* 5. Non autem sic revocatur alienata contractu oneroso, utrinque obligatorio, quamvis damnoso, quod pluribus rationibus confirmat Rauchb. post alios, quos citat. *P. 1. Q. 43 n.* 10. Eman. Costa. *infra d. loc. n.* 23. *&c.* P. Heig. *P. 1. Q.* 25. *n* 38. *& seq.* Pistel. *in L. 1. C. de bon. matr P. 7. n* 76. Si tamen alienatio fraudulenta: per quasi Favianam vel utilem eam actionem, pro ratione legitimæ revocari, arg. *L. ult. Si quid in fraud. patr.* probat idem Rauch post alios *ibidem n* 27. *& seqq.* qua de re vid. Pinell. *d. loc. n.* 77. Cels. Bargal. *Lib 5. de Dolo C.* 10. etsi Battand. *Tr. legitima C.* 8 *n.* 35. hac querela im mensam venditionem, quam vocat, ex æquitate revocari sentiat. Plane si simulata sit emptio, colore contractus donationi quæsito, pretio dicis caussa constituto, quod nunquam venditor exacturus, ut *L. 36. de contr. em.* querelæ locus erit, A Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 6. per *L. contractus 54. de O. & A.* Trentacinq *Lib. 1. Pract. Resol. Tit. de Legitima Reso* 2 *n.* 9. *& Lib.* 3. *Tit. de Donat. Resol.* 4. *n.* 7. add. Menoc. *Recup. poss. Remed.* 9. *n.* 180. Eman. Costa. *ad Cap. si pater de testam. in 6. P.* 3. *v. privare non possit n.* 23. *& seqq.* per *tit. Cod. Plus valere quod agitur.* Qualis habetur, si pretii acceptio non aliter, quam patris confessione, vel apocha probetur, Trentac. *d. n.* 9. post alios Rauchb. *d. Q.* 43 *n.* 46 Quin etsi donationis caussa, venditio facta, pretio viliori: quamvis venditio communiter valeat: *L. 38. de contr. em.* non tamen, quatenus in fraudem tendit donationis interdictæ, improbatur *d. L.* 38. consequens est, hic quoque querelæ locum fieri, quatenus in lucrativum titulum incidit, ut si primogenito, vel uxori quis præcipua bona vendat, Wes. *ad h. t. C. n.* 29. seu quatenus pretium, valore rei exceditur Rauchb. *d. Q.* 43. *n.* 42. Sed & hanc refert Wes. *d. loc. n.* 9. Feuda nova empta, cum deminutione legitimæ filiarum. Quia etsi quoad patrem acquirentem, titulus emptionis onerosus sit, inter patrem tamen & filios, quorum gratia comparantur, mere lucrativus. Contra P. Heig. *P. 1. Q.* 25. *n.* 32. *& seq.* pluribus contendit. Quid si studiorum caussa facta donatio uni ex liberis, aut sumptibus studiorum, patrimonium exhaustum, Hart. Pistor. *Lib.* 1. *Q.* 19. *n.* 13. *& seq.* statuit & hæc ita repeti, ac in communionem revocari, cum & dos inofficiosa in eadem caussa sit. Quod vix aliter admittendum quam ubi, & quatenus ex iis sumptibus, filius factus locupletior, arg. *not. supra C.* 4. *N.* 44. *sub fin.*

5) *Nov.* 92. *C.* 1. *ibid. in tantum autem, aucta quantitate,* A. Fab. *Cod. suo hoc tit. de fin.* 7. Quod intellige collatis per calculum in unum & prioribus facultatibus, quas per donationes vacuas fecit, & posterius acquisitis, si ex utrisque debita portio integra. Pone: Qui 600. habebat, universa ea in Titium contulit. Postea 300. acquisivit. Cessat querela, quia hæc 300. efficiunt trientem universorum 900. in unum collatorum. Quod si 200. solum acquisivit, & reliquit; hæc legitimam non explent, tametsi trientem donatorum, efficiant. Quia si donatio facta non fuisset, 800. reliquisset defunctus, quorum triens amplior.

bites. Propone matrem patrimonii sui bessem in fratrem contulisse, ut sic triens bonorum eius integer superesset liberis, si tum mater decederet. Hanc donationem iustam nec inofficiosam esse constat. Quid, si casu aliquo fortuito, puta naufragio, aut incendio, quod reliquum erat bonorum, perierit, ut iam liberi, si consistamus in superiore donatione, nihil sint habituri? An non æquum videtur de bonis donatis quartam ut olim, ut nunc trientem detrahi, cum id quod donatum est, redierit ad eam summam, quæ si sola fuisset ab initio, & donata esset, ut donata est, non constitisset donatio, eoque & rediens in eum casum a quo incipere non poterat, debeat infirmari? *argum. in L. pro parte, D. de servit.* & præsertim cum in hac revocatione id agatur, ut consulatur liberis? quibus legitimam portionem tanquam rem sibi debitam petentibus magis favendum videtur, quam adventicio donatarii lucro. *argum.* in *L. non debet actori, §. 1. D. de regul. iur.* Dicemus non fieri hoc casu, ut donatio ab initio recte facta possit ulla ex parte [6] revocari. Una enim revocandi caussa est liberis & similibus personis, si donatio sit inofficiosa. At ab initio non fuisse inofficiosam constitit. Quominus talis fuerit, nullus casus superveniens potest efficere. At rediit quantitas patrimonii in eum locum, a quo donatio incipere non poterat. Rediit, sed eventus ad quod ante recte gestum est, non mutat. Nos autem qualis fuerit donatio, [7] cum facta est, quærimus. Denique constans hæc iuris civilis constitutio est, nullum negotium ab initio recte & secundum leges gestum & perfectum infirmari, quantumvis ille casus extiterit, a quo incipere non poterat, *§. furiosi, Instit. quib. non est permiss. facere testamen. L. sancimus, C. de administ. tut.* Sane stipulationem rei alicuius corrumpi placet, si res promissa dari posse desierit, & placet non alia de caussa, quam quod stipulatio in eum casum deducta sit, a quo incipere non poterat, *d. leg. pro parte, de serv. §. item contra, Instit. de inutil. stipul.* Sed hoc dictum de re recte quidem gesta, sed non perfecta, qualis est omnis stipulatio, quæ quanvis recte interposita, tamen adhuc effectum suum, id est, præstationem desiderat; cuius præstationis facultate ideo necesse est stipulationem corrumpi, quia constituitur inutilis.

VI. Deinde quæro. Sit donatio superior, quæ intra legitimum modum ab initio constiterit. Quid fiet, si hic donator trientem reliquum non amiserit casu, ut ante, sed rursum in alium conferendo totum donatione absumpserit? An quia totum patrimonium ab illo donationibus exhaustum constat, donatio utraque revocabitur pro portione, an sola posterior, tanquam sola inofficiosa? Et superioribus consequens est priorem nulla ex parte revocari posse, quæ & perfecta est ab initio, & non fuit inofficiosa; nec ullo eventu atque adeo ullo facto donatoris inofficiosa fieri potest, quæ ab initio non fuit. Ita hoc relinquitur, ut possit sola posterior revocari, ut quæ legitimum modum patrimonii excedens sola sit inofficiosa.

VII. Sed dubitationem hic attulit exemplum legatorum. Illud constat eumdem modum olim impositum esse legatis, qui & donationibus inter vivos factis. Non licuit donare olim in fraudem liberorum, & similium personarum ultra dodrantem patrimonii, & nunc ultra bessem non licet. Similiter nec legare licet ultra dodrantem ex lege falcidia. *L. 1. D. ad leg. falc.* Et tamen si testator tantum legaret testamento suo, ut legatorum summa consisteret intra dodrantem patrimonii, deinde multo post codicillis factis reliquum trientem novis fideicommissis exinanierit; placet non sola legata posteriora minui, sed & priora, omnia autem pro portione: *L. in quantitate, §. ult. D. ad leg. falc. §. ult. Instit. de leg. falcid.* Quidni igitur idem dicamus in pluribus donationibus inter vivos factis, quæ in unum contributæ totum patrimonium exhauriant, aut longe dodrantem excedant? Sed diversa caussa est plurium donationum, & plurium legatorum. Plures donatio-

6) Conveniunt Gl. & DD. omnes in *L. 1. C. h. t.* ita sentire testans Sich. ad *d. L. 1. n. 12.* si casu perit reliquum, vel vi maiori. Quod superest si dilapidet pater, censet dari querelam, *ibid. n. 10.* quod ex profusione sequenti, conjectura fraudis sumatur.

7) Quo distat a priori, ubi a tempore mortis, bona æstimantur *L. 6. C. de inoff. test.* Forcat. *Dial. 115. n. 9.* Atque ideo utilis hæc & necessaria, etsi aliquid filiis relictum sit. Nam conditione ad supplementum legitimæ, petit id, quod deest quartæ, ab intestato debitæ portionis, ex bonis, quæ defunctus, cum moreretur, habuit. Hæc vero in vita celebratas donationes impugnat, petitque bona, non mortis tempore relicta, sed a vivo alienata Wes. ad *h. t. C. n. 5.* Ideoque hic læsio probanda, collatione bonorum, quæ nunc adsunt, & quæ fuerunt tempore donationis. Et potest iusiurandum reo deferri, quantum acceperit: ac contra, actoris iureiurando vel inventario, explicari, quantum nunc sit in bonis defuncti, Wes. *d. loc. n. 32.* Non autem requiritur consilium fraudis, sed eventus sufficit. Nam *L. 8. C. h. t.* consilii, & eventus damnosi meminit, quia ita contigerat. Ratioque redditur ex abundanti, qua cessante idem esset, Forcat. *Dial. 115. num. 8.*

nationes diversis temporibus factæ plurium temporum non unius temporis donationes sunt. Ideo & sunt diversæ donationes, quarum unaquæque ex eo tempore, quo fit, [8] spectatur, & ex eo aut per se valet, aut concidit. Quo fit, ut si quæ prima est, iure facta sit, hæc maneat in suo statu, nec posterioribus, quæ forte legitimum donandi modum exeedere cœperint, mutetur aut offendatur. At plura legata ab eodem testatore relicta, ubicunque & quandocunque relicta sint, semper uno & eodem tempore relicta intelliguntur, ex quo & valere simul omnia incipiunt, nempe tempore mortis testatoris; quo primum tempore effectum habent. Unde dictum est, circa legem falcidiam in quantitate patrimonii & legatorum relictorum exquirenda tempus mortis spectari. *L. in quantitate*, in pr. *D. ad leg. falc.* Ea res facit, ut cum alia aliis ut ipsa priora non sint, non possint dici quædam prius iure perfecta esse, alia posterius non iure, sed omnia eodem iure haberi, ut si omnibus in unum collatis fiat locus legi falcidiæ, necesse sit & singula lege falcidia minui pro portione.

VIII. Sed an posterior ista donatio reliqui patrimonii tota revocabitur, quasi in totum inofficiosa; an pro parte dumtaxat, quasi in ea tunc eum facta est, totum patrimonium fuerit, cuius dodrantem aut bessem licuerit donare? Dicemus totam revocari, tanquam in totum inofficiosam. Nam ut in priore donatione non fuit totum patrimonium, sed pars tantum, sic nec fuit totum in posteriore, quæ reliquæ partis donationem habuit. Cum autem ea pars quartam vel totam partem solum habuerit, ex qua constat nihil donari posse nisi ad intervertendam legitimam portionem: fit, ut quidquid inde donatum erit, donatio sit inofficiosa, quam propterea totam ut talem revocari posse necesse est.

IX. Cum donationem ab initio inofficiosam esse, & revocari posse constabit, sequitur natura, ut quæratur, quatenus possit, utrum tota, an pro parte, & pro qua parte. Dixeris totam [9] revocari; quia dicitur querela inofficiosæ donationis introducta esse legibus ad similitudinem querelæ inofficiosi. *L. ultim. C. de inofficiof. donation.* Hae autem querela totum testamentum rescinditur. *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testamen.* Sed hoc nimis multis rescriptis eiusdem tituli refellitur. Quid ergo, si cum multis id ita [10] tem-

8) Consentit Bart. ad *L. 1. C. h. t. n.* 5. Sich. ad *d. L. 1. n.* 11. Donationes, inquiens, omnes robur habent ab initio. Legata, non nisi post mortem, Trentacinq 3. *Pract. Resol. lit. de Donat. Resolut.* 4. *n.* 5. *&c.* P. Heig. *P.* 1. *Q.* 25. *n.* 54 Contra iudicatum testatur A. Fab. *Cod. Fabr. hoc tit. Defin.* 1. *&* *Definit.* 7. vid. Maret. *Tr. Quartar. Cap.* 10.

9) Quæ olim sententia cuiusdam anonymi, quam refert Accurs. ad *L.* 87. *§* 3. *de leg.* 2. quamquam neminem eorum, quorum libri extant, probasse scribit. Sed eam tamen feliciter refricuit, ac eximie firmavit Eman. Costa. ad *Cap. si pater de testam. in* 6. *P.* 3. v. *privare non possit n.* 4. *& seq.* & post eum A. Fab. 3. *Coniect.* 17. Nam cum in fraudem querelæ, hæ donationes excogitatæ sint: remedium, quo fraudi isti occurritur, einsmodi esse convenit: ut qui illo agit, tantundem consequatur, quantum si de inofficioso testamento quereretur. Atqui per hoc, totum filius consequitur, vel totam portionem quæ ab intestato debetur. Ergo. Alioqui fraudis suæ fructum sentiret pater. Atque hæc querela *similis* priori dicitur *in omnibus L. ult. C. h. t.* Omnesque fere leges huius tituli comparationem istam continent. Quas sibi non refragari, sed suffragari singulatim ita ostendit Faber: In *L* 1. verba *utpote quartam &c.* non probant, quod ad quartam solam agatur, sed quod agere non possit, cui quarta incolumis: sicuti & in priori *supra C.* 4. *N.* 38. In *L.* 2. priori parte, quarta aliter salva, ut ad hanc subsidiariam non decurratur, vid. *infra h. C. N.* 17. Posteriore vero casu dicitur, ad similitudinem inofficiosi testamenti subveniri. In *L.* 4. dicitur auxilium ad instar inofficiosi testamenti, &c. In *L.* 5. casus alius, ut *infra N* 21. In *L.* 6. dicitur de enormitate, ad exemplum inofficiosi testamenti. Ex *L.* 7 mala DD. vulgo illatio: Quod immoderate gestum est, revocatur. Ergo quatenus modum donans excessit. Nam & recte dicimus Testamentum, quo liberis legitima non relicta, rescindi, sed non recte; quatenus legitimam non habent. Sic venditio, in qua, quis immodice læsus, rescindi recte dicitur Non recte, quatenus læsio immodica. Captiosa itaque ratio. Inofficiosa donatio revocatur, quia inofficiosa. Ergo tantum quatenus &c. Superest *L.* 8. in verbis *pro ratione quarta*, quæ sola iustam errori caussam præbere potest. Sed & ad hanc sic Resp. Faber. appellatio ambigua. Potest accipi quarta portionis ab intestato, potest etiam portio illa ab intestato debita, quæ quarta est hereditatis, ubi quarta filii. Et sic debet: tum per verba: *ad instar inofficiosi*; tum quia legitima nunquam dicitur quarta, absolute, sed cum adiecto, debitæ portionis, aliove; tum quia *in praeced. L.* 7. dimidium quartæ partis, necessario intelligitur, totius hereditatis, quia ibi duo filii: Tum quia in *d. L.* 8. plures duobus filios habuisse matrem, arguunt verba: *in unum filium*, alias dixissent Imperatores *in fratrem*, ut *L. praeced.* Et in *LL. Cod.* multa supplenda, quæ ex rescripti verbis, colligi nequeunt. Denique nimis clare hæc sententia probatur *L.* 87. *§.* 3. *de L.* 2. & confirmat *L.* 4. *in fin. C. de Contr. empt.* ubi vocula *hae*, referenda ad præcedentia omnia bona. Plane iure novo, & ex *Nov.* 92. admittit Faber post Eman. Costam *supra d. loc. n.* 7. si uni ex liberis per donationem aliis liberis factam minus legitima relictum, aliquid tamen: exæquationem tantum fieri ad expletionem legitimæ. Idque ita statui consequens illi, quod statutum est in *L.* 30. *C. de inoff. test.* ut *supra Cap.* 4. *N.* 39. Attamen nec in hac specie querelæ huic locus est, sed condictioni ex lege triennali, ut recte Costal. *d. loc. n.* 8 Quod si nihil penitus uni relictum, adhuc in totum subvertetur etiam aliis liberis facta donatio, perinde, uti institutio aliquorum filiorum aliis in totum præteritis.

10) Quæ distinctio communis, iudiciis, & consuetudine publica, approbari dicitur, Sich. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Covar. 1. *Var. Resol.* 19. *n.* 12 Gomez. 2. *Var. Resol.* 4. *n.* 13. Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol Tit. de Donat. Resol.* 4. *n.* 2. Tiraquell. in *L.* 8. *C. de revoc. don.* v. *totum n.* 5. Forcat. *Dial.* 115. *n.* 11. Ioach. Beust. ad *L.* 1. *de iureiur. n.* 153. Ranchbar. *P.* 1. *Q.* 43. *n.* 44. Quanquam quidam ex his inofficiosam re, & consilio extraneo factam ita demum in totum revocari, si omnia prorsus donata. Nam si aliquid relictum, ad supplementum legitimæ agi sentiunt Bart. ad *d. L.* 87. *§.* 3. *de leg.* 2. quem communem scholam sequi scribit Trentac. ac Beust. *d. loc.* Etsi a quibusdam iam relatis, huius membri nulla mentio fiat. Plane quotuplicem variationem DD. refert, & pluribus examinat Moller. *h. t. n.* 12. *& seqq.* Ipsius vero distinctionis fusius traditæ, & operosius adstructæ sum-

temperemus, ut tota revocetur, si modo & in extraneos collata sit donatio, & re atque consilio donantis fraudati sint liberi, aut alii ad quos querela inofficiosæ donationis pertinet? quod significari videtur in *L. penul. circa* fin. *C. de inoffic. donat.* & ita plerique accipiunt *L. Titia*, 87. *§. Imperator*, *D. de leg.* 2. ubi autem collata erit in aliquem ex liberis, aut in extraneis quidem, sed ita ut donator consilium fraudandi non habuerit; non possit revocari nisi pro parte? nam de his fere agitur in iis rescriptis eius tituli, quæ partia tantum revocationem admittunt.

X. Sed verius est, quod Azo [11] sensit, donationem inofficiosam pro parte solum revocari, & ea parte, pro qua donatio inofficiosa est. Ea autem pars est, quæ legitimum modum excessit, quæ eadem liberis & similibus ademit legitimam portionem. In quam sententiam prope omnia rescripta eius tituli non tantum consentire, sed etiam prope expressa esse videas. Cum mater tua, aiunt Imperatores, patrimonium suum donationis ita exhauserit, ut legitimam portionem non habeas; ***quod immoderate gestum est, revocabitur.*** L. si mater. *C. de inoff. donat.* Iidem; ***Si filius tuus immoderatæ liberalitatis effusione patrimonium suum exhauserit***, præses provinciæ in removendis iis, quæ perperam gesta sunt, tibi subveniet. *L.* 4. *C. eod.* Hinc aliis rescriptis toties responsum, donationes inofficiosas usque ad legitimam portionem, seu pro ratione quartæ deminui, ut eam incolumem habere liceat, ut *L.* 2. *L. si totas. L. si mater. L. si liqueat, C. eod.* Neque vero hic referre putabimus, donatio collata sit in filios, quasi his minus adimi oporteat, an vero in extraneos. Extranei in hac re & liberi comparantur in *L.* 1. *C. eod.* & merito. Non enim persona accipientis donationem inofficiosam facit, sed profusa liberalitas, quæ legitimum modum excedit. Ne illud quidem retulerit, utrum donatio eventum tantum, an etiam consilium fraudis adiunctum secum habeat. Nam & consilium fraudis habuit in *L.* 4. *L. si mater. L. pen.* quibus tamen in locis non nisi pro legitimæ portionis modo donationis revocatio tribuitur. Et recte in omnibus donationibus inofficiosis, in quoscunque & quocunque consilio collatis hæc lex revocationis similiter servatur. Cur enim revocatur donatio inofficiosa, adversus quoscunque & de quocunque animo donatoris agatur? Unam hanc ob caussam videlicet, quod sit inofficiosa, & legitimam portionem iis quibus debetur, non relinquat. Tolle hanc caussam; quod fit, cum legitimam portionem detractam tribueris iis ad quos ea pertinet. Cessabit nimirum amplior revocatio: dicere enim solemus, caussa legis sublata, legi locum non esse. *L. quod dictum, D. de pact. L. de eo*, & *L.* seq. *D. de ind.* Quod

summa hæc videtur. Si inofficiosa re tantum, usque ad legitimam revocatur: Siu re & consilio, sive liberorum uni, sive extraneo facta sit: tunc aut nihil relictum, sed totæ facultates, in aliquem liberalitate profusæ collatæ: & quia fraus non fit tantum homini, sed & legi, quæ prorsus inanis redditur, & in totum excluditur, nec invenit in quo operetur, alienatio tota vitiatur arg. *L.* 16. *de iure patron.* Sic accipit *L.* 87. §. 3. *de leg.* 2. Aut aliquid relictum (non vile tamen nimis, & ridiculum, ut ait *n.* 62. quod bonus vir arbitrabitur.) Sed quod legitimam non explet; & quia non prorsus evertitur præceptum legis, nec ea excluditur, in toto, sed in tanto; (ut loquitur) fraus homini fieri dicitur, non legi, cum hæc utique inveniat, in quo operetur, etiam subsistente donatione. Ideoque hac querela, supplementum legitimæ petitur, sic accipit *L.* 8. *seu pen. C. h. t. &c.* Etsi enim, & ibi patrimonium *exhausisse* dicitur mater, non ideo tamen in totum, sed aliquid relictum contendit, idque probat *n.* 51. *& seqq.* (1) quia iidem Imperatores qui auctores *d. L.* 8. hoc sensu verbum *exhaurire* usurpant in præcedd. 2. *LL.* ubi quod superest, & relictum non sufficit ad legitimam conquerentis. Nam in *L.* 6. dicuntur facultates *exhaustæ*, & tamen, quæ superfuerant divisæ &c. In *L.* 7. mater *exhausit* patrimonium liberalitate in filium unum, & scribitur tamen, quod donationes alteri largitæ &c. Contra ait, in *d. L.* 87. §. 3. Verbum *exinanisse* proprie sumitur, ubi nihil relictum, tum quia tempore Alex. Severi proprietas, & pura locutio magis viguit, tum quia voculæ *exinanitio* maior vis, & emphasis geminata, ad totum absorbendum, quia vocula simplex *haurire*, non eam vim habet, quam vocula *inanire*. Ergo. (2) Ratio. Quia nulla alia commoda conciliandi ratio *d.* §. 3. *cum d. L.* 8. cum non possit ibi dimidia quartæ partis accipi, vid. *infra N.* 16. (3) Quia æquitatem summam habet *d.* §. 3. Quid enim iniquius, plures bene meritos filios, minusculas partes consequi, uno solo dodrantem solidum retinente, & adhuc in reliquo quadrante partem faciente. (4) Quia hæc querela priorem imitatur. Ergo ut illic solidum evincitur, si nihil relictum; si vero aliquid, actione expletoria, quod deest, legitime petitur; ita & hic. (Hæc ratio quatenus infert, ad petitionem supplementi, non convenit iuri antiquo, cuius usus erat tempore Imperatoris Alexandri *d. L.* 87. §. 3. Itemque Diocletiani & Maximiani *d. L.* 8. Eo enim semper querela dabatur, ad subversionem totius testamenti, quoties legitima non integra relicta, vid. *not. supra C.* 4. *N.* 10.) (5) Quæ ratio totius, eadem partis. Quare uti donatio, quæ aliquid relinquit, quia non tota inofficiosa est, sed quatenus legitimam lædit, revocatur pro modo excessus: ita quæ nihil relinquit, ceu in totum inofficiosa, solida removenda. Alias non plus puniretur parens, qui magis deliquit, filios in universum fraudare volens, quam qui minus. Ita ille. Per me vero liberum esto cuivis, quid probabilius videatur amplecti. Ego aut istam Antonii Fabri relatam *N. praced* aut hanc, reprobata pariter, & communi distinctione, quam, ut hic quidem, recte noster plane repudiat *L.* 1. *C. h. t.* & Azonis opinione, ut *N. seq.* veriorem iudico. Utram vero nunc, non assevero.

11) Ita & Cuiac. 5. *Obs.* 14 *& in Nov.* 92. *&* 2. *ad African. ad L.* 10. *Si quid in fraud. cred.* & Fachin 6. *Contr.* 84. Wes. ad *h. t. C. n.* 34. *& seq.* Hot. *Disp. de Quarta legit. C.* 5. *n.* 26. Quod ita Cuiacius declarat, si liberi donationis tempore superstites. Post donationem susceptri, inquit, revocant in solidum, si in extraneos liberalitas: *L.* 8. *C. de rev. don.* si vero in alios liberos ante natos, pro modo legitimæ *L.* 5. *C h. t.* Sed de *d. L.* 5. vid. *not. infra h. C. N.* 21 de sententiæ veritate vid. *supra N.* 9. *&* 10. Nititur quoque Cuiac. *d. C.* 14. loco Symmachi *Lib.* 10. *Epist.* 32. sed qui recte expensus nihil probat.

Quod si servatur adversus liberos, cur non valeat & adversus extraneos, cum ne ab extraneis quidem alia de caussa revocetur donatio, quam quod sit inofficiosa, quam ipsam ob caussam revocatur & a liberis, in quos collata est. Scimus enim, in quibus caussis eadem ratio est, in his idem statui debere. *L. illud, D. ad leg. Aq.* Postremo quoties lex ad certum aliquem modum & quantitatem aliquid fieri permittit, si factum sit ita, ut res legitimum modum excederet, generaliter placuit non totum infirmari quod gestum est, sed solum quod illicite gestum est, [12] reliqua valere. Servatur hoc in usuris supra statutum modum promissis. *L. placuit, D. de usur.* servatur & in donationibus quæ legitimum modum excedentes insinuatæ actis non sint. *L. sancimus, §. 1. L. si quis argentum, §. sed in his omnibus, C. de don.* An igitur dubitamus servandum esse generaliter in his ipsis donationibus inofficiosis, quæ non aliæ sunt, quam quæ legitimum dodrantis, aut bessis modum excesserint? præsertim cum & de his id ipsum diserte definitum legamus in *d. L. si mater, C. de inoff. don.*

XI. Sed huic sententiæ tria opponuntur. Primum *d. L. ult. C. eod.* Nam si, ut illic scriptum est, querela inofficiosæ donationis ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti introducta est, ut sit utriusque actionis vel una caussa, vel similis existimanda; quid restat, nisi ut per hanc querelam tota donatio rescindatur? Nam per querelam inofficiosi totum testamentum rescinditur. *d. L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* Certe quod attinet ad heredum institutiones, ut hodie ius est ex Novella Iustiniani. *auth. ex caussa. C. de lib. præt. vel exher.* Respondeo: quod dicitur querelam inofficiosæ donationis priori illi esse similem, sic accipiendum est, ut sit fere similis, & maxima ex parte, non etiam ut sit absolute & per omnia ac sine exceptione: alioqui non esset similis, sed eadem. Hac quidem in parte non esse similem constat, cum tam multis rescriptis comprehensum sit, donationem inofficiosam pro ratione quartæ legitimæ tum minui, tum revocari, *d. L. 2. L. si totas. L. cum donationibus. L. si mater. L. pen. C. eod.* Quod ne in hac parte dici quis miretur, non in hac re solum hæ querelæ dissimiles sunt, sed & in aliis nonnullis, & quidem ita, ut de his inter omnes conveniat: de quibus postea suis locis patebit. Nondum tamen ad obiectionem tollendam satis. Nam cum donatio similiter sit inofficiosa, ut testamentum inofficiosum; cur ex hac caussa per querelam totum testamentum inofficiosum rescinditur; donatio autem inofficiosa non nisi pro parte quarta aut tertia? Neque enim ratio patitur, ut in paribus caussis diversum ius statuamus. *L. illud, D. ad leg. Aq.* Respondeo: hic pares caussæ non sunt ad testamenti inofficiosi, & donationis inofficiosæ solidam rescissionem, sed eæ, quæ certa & propria ratione iuris hanc distinctionem inducant. Nam testamentum inofficiosum liberos & similes legitimos heredes immerito exclusos privat hereditate defuncti in totum. Privat enim iis bonis quæ testator habuit cum moreretur, & quæ moriens post se reliquit: hæc autem bona, seu successio in hæc bona est hereditas. *L. nihil alind, D. de verb. sign. L. hereditas, D. de reg. iur.* Et ut certam in toto iniuriam agnoscas, privat hereditate sua. Nam liberis tacita quadam lege naturæ debetur parentum hereditas. *L. ult. D. de bon. damna* Nec his sublatis pietatis iure minus debetur liberorum hereditas parentibus. *L. nam etsi, D. de inoff. test.* Merito igitur fraudati sua hereditate totam eam petunt, & evincunt scriptis heredibus, qui eam non iure possidebant, a quibus evicta hereditate, cum heredes non sint, simul necesse est, ut cum heredis institutione etiam totum testamentum hactenus concidat. At donatio parentis inofficiosa non privat liberos [13] hereditate parentis, aut ulla

12) Ratio hæc (4) Donelli. (tertiæ satis occurritur, *supra N. 9.*) pene facit, ut tutiorem opinionem Molinæ ut *supra N. 10.* quam A. Fabri, ut *supra N. 9.* statuam. Tametsi si quis, Fabro adhærere malit, non deesse possit, quod reponat. Neque enim hic ulla Lex modum præstituit donationi, aut quantitatem definivit eorum, quæ donari possent; alias quatenus excederet, tanquam contra legem facta, ipso iure vitiosa esset, sicuti in simili *d. L. 29. d. L. 34. §. 1.* Sed constitutiones Alexandri Severi primum *d. L. 87. §. 3. de leg. 2.* deinde aliorum Imperatorum *hoc toto tit. Cod.* fraudi parentum viam privandi legitima excogitantium, occursum voluerunt.

13) Convenit Forcat. *Dial. 115. n. 9.* Testamentum, ait, impugnatur facilius in solidum, quia revocabile. Molinæ *h. t. n. 4.* difficilius rumpi donationem inter vivos perfectam, quam testamentum ad obitum usque pendens, sicuti & facilius amittitur legatum, quam donatum. Et Wes. in *h. t. C. n. 34* Dionys. Maret. *Tr. Quartar. C. 10. n. 9.* similem hanc esse querelæ inofficiosi testamenti quoad caussam, quoad tempus, quoad mores: *L. ult. Cod. h. t.* non autem, quoad effectum. Rationem differentiæ reddit. In testamento inofficioso duplex peccatum patris. (1) Contra officium paternum, hoc commune inofficiosæ donationi. (2) Contra formam, & solemnitatem testamento præscriptam. Male hoc, quia peccatum huiusmodi ipso iure inane reddit testamentum. Et quod non ita revocationi obnoxia donatio verum est ratione ipsius donantis. Hic vero non a donatore, sed contra ipsius voluntatem fit rescissio.

ulla re, quæ sit propria liberorum. Non hereditate, quia bona viventis donata sunt: viventis autem nulla est hereditas. *L.* 1. *D. de her. vel act. vend.* Non ulla re propria liberorum, aut quæ iis deberetur. Nam ea bona donata sunt, quæ erant patris, non liberorum. Sed etsi donatio inofficiosa recte dici posset privare liberos hereditate parentis propter spem successionis: tamen ne sic quidem mortuo patre liberi petere possent hereditatem a donatario, ut per eam totius patrimonii petitionem rescinderent totam donationem. Nam petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui hereditatem aut quid hereditarium possidet pro herede prove possessore. *L. regulariter D. de her. pet.* Qui autem bona donationis caussa accepit, neque hereditatem aut quid hereditarium possidet, nec si possideret, possidet pro herede, sed [14] privato titulo pro donato, & eo iustissimo. Nihil habent igitur liberi in donatione patris inofficiosa, cur quidquam inde tanquam iure hereditatis sibi ademptæ possint a donatario avocare. Quod si ita est, omnino hoc eis relinquitur, ut aut inde nihil, aut certe legitimam portionem sibi ademptam querentes hanc solam singulari actione possint petere.

XII. Secundo loco obstat *L. si libertus*, in princ. *D. de iur. patr.* ubi ita scriptum est, si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit, ipso iure non valere id quod factum est, neque id solum, sed in totum alienationem nullius esse momenti, ac non pro ea parte tantum, per quam libertus minor centenario factus est. Sic olim ius erat. Si libertus minor esset centenario, id est, ut interpretatur Iustinianus in §. *sed nostra*, *Instit. de success. liber.* si minus centum aureis haberet in bonis, siquidem liberos haberet, quos non exheredasset; licebat ei testamento facto aliis heredibus institutis patrono nihil relinquere, ut nihilominus secure testaretur. Quod si centenario maior esset, & pauciores quam tres liberos haberet, iubebatur lege Papia virilem partem bonorum relinquere patrono, quæ ei ab intestato quoque eadem lege debebatur: idest, uno filio relicto dimidiam, duobus relictis tertiam: hæc in §. 1. §. *prodesse*, §. *postea*, *Instit. de success. liber.* Finge ergo ita. Libertus, cum centum & quinquaginta in bonis haberet, & haberet unum filium, dum legis Papiæ non ignarus providet, ut sibi per eum liceret totum relinquere filio, nihil patrono, ita se instituit in fraudem legis, ut filio emancipato centum aureos donaret inter vivos, quibus donatis inciperet multo minus habere in bonis, quam centum. Sic deinde quasi præcepto legis non teneretur, utpote minor centenario factus, filium in reliquo patrimonio heredem instituit, præterito patrono. In hac specie superioris loci hæc sententia est, alienationem istorum centum aureorum, quos diximus in fraudem legis donatos ad excludendum patronum, non ad quinquaginta unum aureos tantum, quibus alienatis libertus factus est centenario minor, sed in totum omnium nullius momenti esse, ut explicatur disertius in *ead. L. si libertus*, §. 1. vers. *si quis plures*. Ita in summa superioribus verbis hoc dicitur, donationem in ea specie in fraudem legis factam, in totum non valere; ut totis illis centum aureis in hereditatem revocatis patronus ad centum & quinquaginta aureorum hereditatem admittatur. Hoc patrono si tribuitur in bonis liberti in fraudem legis donantis; quanto magis adversus donationem inofficiosam patris tribuendum videtur liberis, ut & hic tota donatio revocetur? nam & ipsa donatio inofficiosa fit in fraudem iuris de querela inofficiosi constituti: unde dicitur pertinere ad eam querelam eludendam, & excludendam. *L.* 1. *L. si mater*, *C. de inoffic. don.* Sed non recte hæc comparantur: non quod non & donatio illa liberti superior, & donatio inofficiosa, non sint ambæ in fraudem legis: sed quia sunt in fraudem legis aliter, atque aliter; illa in [15] totum, hæc pro parte: unde & infringendæ alienationis modus. Libertus, qui donando se minorem facit centenario, facit omni ex parte in fraudem legis, & ut est in *d. L. si libertus*, §. 1. facit, ut in totum præceptum legis evertat. Consequitur enim hoc modo, ne non dico hanc aut

14) Ad hoc Responsio facilis ex iis, quæ ipse Donellus tradit *supra C.* 3. *& qua infra C. N.* 20. Sicuti in querela inofficiosi testamenti re ad caussam intestati reducta, fit ut heres scriptus, iam ab initio nunquam heres fuisse intelligatur; ita hic donatione rescissa, non quidem petitio hereditatis, sed rei vindicatio tenet contra possidentem, ac si titulum nullum haberet.

15) Wes. in *h. t. C. n.* 35. Atqui illa donatio, semper in totum revocatur ipso iure, sive in fraudem legis facta, quando rata manente alienatione, nihil prorsus haberet patronus per Favianam actionem: sive in fraudem patroni, quando, ea rata manente, aliquid habiturus, sed minus. Iam vero filius in portione, quam lex ei tribuit, non debet esse deterioris conditionis, quam patronus. Et imo nihilo secius, in fraudem legis fit donatio inofficiosa ea, quæ nullo relicto, legem de legitima relinquenda in totum eludit.

aut illam partem, sed ne quid in totum cogatur relinquere patrono. Recte dicitur in hoc genere, quæ donatio aut alienatio in totum in fraudem legis est ita, ut nihil relinquat ex iis, quæ lex voluit, eam quoque in totum infirmari. Sed non ideo hæc sententia ad eas donationes pertinet, quæ pro parte in fraudem legis fiunt dumtaxat: eiusmodi est inofficiosa donatio. Esto enim, donet quis totum patrimonium, ne quid inde ad heredes legitimos redeat: non tamen hic fit quidquam in fraudem legis, nisi quatenus donatio dodrantem olim, nunc bessem excedit; non intra illum modum olim donare licuit, intra hunc hodie licet. Quod si licet, & hactenus nihil fit in fraudem legis, absurdum sit donationem pro ea parte revocari, cuius revocandæ non alia caussa sit, quam quod in fraudem legis facta dicatur: quæ & distinctio satis indicatur in *d. L. si libertus*, *§. 1. de iur. patronat.*

XIII. Postremo obstat *L. Titia*, 87. *§. Imperator*, *D. de legat.* 2. ubi refertur Alexandri rescriptum, in quo de hac ipsa donatione inofficiosa ita rescribit, ut dicat rationem deposcere, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Et recte sentiunt apud Accursium in glossa eius loci, qui dimidiam interpretantur, non dimidiam totius hereditatis, sed dimidiam eius quod illicite donatum est, vel ut hoc apertius explicatur in eadem specie, in *L. si mater*, *C. de inoff. don.* dimidium [16] quartæ partis quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus agentem sufficeret. Utrobique eadem species, nisi quod in *L. si mater*, proponuntur duo filii, quorum in unum mater patrimonium suum totum contulit; in *d. §. Imperator*, proponitur filius unus matris, & ex altero filio demortuo unus nepos, in quem avia totum patrimonium effudit. Sed hoc idem valet. Nam utrobique donatio confertur in unum ex liberis, utrobique filius unus est, qui fraudatur, & is qui ab intestato dimidiam hereditatis pariter obtineret, tam adversus fratrem, quam adversus nepotes ex fratre. Quare si fraudato filio adversus fratrem tribuitur tantum quartæ legitimæ dimidium, ut est in *d. L. si mater*, omnino & in filio fraudato adversus nepotes ex altero fratre idem faciendum esse intelligendum est in *d. §. Imperator*, ut qui aliter eum locum interpretantur, satis aperte refellantur *d. L. si mater*. Rata sit igitur hæc sententia, ex inofficiosa donatione nihil amplius revocari, quam quod ad portionem legitimam liberis & similibus personis obtinendam explendamve sufficit, quæ portio feret, si tum eum donatio facta est, donator decessisset.

XIV. Constituta donationis inofficiosæ revocatione, & eius revocationis quantitate, restat ut quæratur de revocandi modo. In quo hoc primum statuatur, donationem licet inofficiosam, tamen ipso iure valere, & suis viribus uti, ut est in *L. 2. C. de inoff. donat.* Et merito: is enim donavit, qui dominus erat. Nihil æquius, quam voluntatem domini rem suam ad alium transferre volentis ratam haberi. *§. per traditionem. Instit. de rer. divis.* Eo fit, ut non revocentur hic donata, etiam quatenus donatio inofficiosa est, quasi hactenus donatio non valeat ipso iure: sed cum ipso iure donatio tota valeat, eatenus solum actione ad eam rem proposita rescindatur. *L. ult. C. de inoff. don.* Et ideo dicitur hic, quod illicite gestum est, seu pars legitima ex donatione revocari. *L. si mater*, *C. eod. L. Titia*, 87. *§. Imperator*, *D. de leg.* 2. Proprie autem non revocatur alienatio, quæ nulla est. Idem significat, quod dicitur quod hic inofficiose donatum est, ex donatione detractum ad patrimonium [17] reverti. *L. si totas*, *C. de inoff. don.* Non revertitur proprie, nisi quia ex patrimonio per donationem exierat; nec exierat nisi quia iure constiterat donatio, qua & dominium translatum fuerat.

XV.

16) Ita cum Azone in *Summa C. h. t. n.* 4. Cuiac. in *Nov.* 92. *&* 5. *Obs.* 14. Forcat. *Dial.* 115. *n.* 7. Wes. in *h. t. C. n.* 35. Fachin. 6. *Contr.* 84. *in fin.* Quæ non apertissima, & verissima conciliatio est, ut vocant Cuiacius & Fachineus, sed mera, & intoleranda contorsio, qua vix imperito tyroni satisfacere possit, ut A. Fab. 3. *Coniect.* 17. *in fin.* Quam apertissime, & verissime refellit Molin. *h. t. n.* 34. *& seqq.* (1) quia ibi relatio partis, & quidem certæ ac definitæ, dimidiæ expresse fit *ad id quod donatum est*. Ergo necesse est sit dimidia eius, quod donatum est; alias verba violamus, & corrumpimus, non interpretamur. Solida itaque donatio pro virili conquerentis parte revocatur (2) idem probat *d. L.* 83. *§. sequens ult.* ibi: *ea quæ donata sunt, revocari* scilicet universa. Quare quod *d. §.* de media parte dicitur, non restringit revocationem, quæ mero iure est totius donationis, sed eius effectum, quia cum, & donatarius æque heres sit ex semisse, uti alter inofficioso conquerens: etsi donatio in totum vitiosa sit, partem tamen eius dimidiam hereditario iure retinet.

17) Immo vocula *reverti*, contrarium probat, per *L.* 8. *C. de revoc. don.* iunctis iis, quæ ipse Donellus ad eam legem, vid. *ibid. not. N.* 10. *&* 11. Et recte ipso iure, quoties in fraudem legis pariter & hominis facta, cum totæ facultates vacuæ factæ: ut *d. L.* 5. *& d.* 87. *§.* 3. per rescissionem vero, quoties in fraudem hominis tantum, ut eadem sit in liberis distinctio hic, quæ in patrono traditur *L.* 16. *de iure patron.* Nec obstat quod revocari dicitur *d. §.* 3. Nam & revocatur in specie *L.* 8. ut arguit titulus sub quo Lex posita, scilicet ratione possessionis translatæ, & quatenus de facto processit.

XV. Videamus tamen, ne non ita constitui debuerit. Diximus enim donationem inofficiosam fieri in fraudem legis, cum instructa sit ad eludendam querelam inofficiosi testamenti legibus constitutam. Atqui de his quæ in fraudem legis fiunt, ita ius est, ut placeat ipso iure non valere, atque adeo pro infectis haberi. *L. non dubium*, *C. de legib.* Respondebimus hic, quod Ulpianus in his quæ a liberto in fraudem patroni donando alienata sunt, significat in *L. si libertus*, §. 1. *D. de iur. patr.* cum quid alienatur in fraudem legis, si quidem fit alienatio omni ex parte in fraudem legis, seu ita, ut legis præceptum in totum evertatur, veluti cum libertus alienando facit se minorem centenario, ne quid omnino ad patronum ex suis bonis redeat: eam demum alienationem proprie dici in fraudem legis fieri, & totam atque ipso iure non valere: sin ita est alienatio, ut ex parte lex servetur, pro parte contra legis sententiam adimatur quid iis, quibus lex consultum voluit: veluti cum libertus alienatione facta nihilominus centenarius est, & partem patrono debitam minuere cogitat: magis esse, ut non videatur alienatio in fraudem legis facta, sed tantum personæ, cui lege consulebatur, puta patroni. At hoc posterius in donatione inofficiosa accidit: quæ non facit, quo minus donatori iidem heredes sint, qui sine donatione futuri erant; sed qui erunt, ut ne tantum percipiant, quantum donatione non facta essent omni iure habituri, puta portionem saltem legitimam: ubi donatio pro hac parte in fraudem legis fiat, in reliquum lege permittente. Neque vero parum interest, utrum dicamus donationem inofficiosam, qua parte inofficiosa est, ipso iure non valere; an cum valeat, rescindi proposita ad eam rem actione. Nam si fingamus pro ea parte non valere, neque pro ea parte dominium recessit a donatore; quam ob caussam & semper hactenus res suas vindicare potest, neque quidquam transiit in accipientem, quod possit iure donationis apud eum subsistere. Quorum utrumque contra accidit, cum placet iure valere ab initio, sed instituta adversus eam legitima actione rescindi. Sic enim res donatæ in totum desierunt esse donatoris, quas ipse neque actione in rem vindicare possit, neque actione in personam repetere. Donatarii autem sic efficiuntur, ut quandoque atque adeo multis casibus apud eum maneant. Quæ namque actio adversus eum ad rescindendam eam donationem proposita est, certas conditiones habet, quæ non semper exsistunt, sed & cum competierit, multis modis amittitur: de quibus dicetur, cum quæremus, quibus competat.

XVI. Postquam ergo donatio inofficiosa iure ab initio in totum consistit, & non nisi actione ad eam rem proposita ad modum legitimæ portionis rescinditur, ante omnia quæ sit ea actio constituendum est, sic deinde cuiusmodi sit, quærendum. Nam ex genere actionis de rebus ei actioni attributis iudicium faciendum est: cum neque iisdem conditionibus omnes dentur, neque iisdem, aut adversus eosdem, deque iisdem rebus competant. Et de ea actione ita scriptum est in *L. ult. C. de inoff. donat.* immodicarum donationum (quas inofficiosas dicimus) querelam legibus esse introductam; sed adiicitur: *ad similitudinem* querelæ *inofficiosi testamenti*. Qua adiectione statim de genere ipso actionis hoc admonemur, si qua alia actio sit ad eam revocationem, hac utendum, neque tum querelæ locum esse: huic tunc locum dari, cum omnis alia actio, & omne auxilium deficit. Hoc enim ita ius est de querela inofficiosi testamenti: ut ei locus non sit, si quo alio iure ad defuncti bona veniri non possit. §. *tam autem*, *Inst. de inoff. testam.* Quod & ipsum in querela inofficiosæ donationis servandum esse declaratur in *L.* 2. *L.* 4. *C. de inoff. don.*

XVII. Aliæ autem actiones ad eam revocationem duæ esse possunt: actio familiæ erciscundæ, & in integrum restitutio ex persona donatoris. Actio familiæ erciscundæ ad eam revocationem valet, cum ex duobus filiis quos pater habebat, in unum quem habebat in potestate, totum patrimonium suum contulit, sic deinde intestatus decessit. Idque accidit hoc modo. Nam donatio a patre in filiumfamilias collata, ipso iure nulla est. *L.* 1. §. 1. *D. pro don.* Ita fit, ut iudicio familiæ erciscundæ inter illos fratres tanquam legitimos heredes, quandoque suscepto, hæc ipsa bona quæ donata fuerant, tanquam quæ in bonis manserint, eoque & in hereditate eius inveniantur, inter fratres communia dividi debeant: neque enim donatio morte patris confirmatur, ut suo loco docuimus. *L. si donatione*, *C. de coll.* Idque ita faciendum est, si pater donator aliter bona sua inter filios non divisit. Quod si divisit ita, ut conferret quidem totum patrimonium suum in unum ex filiis, sed ea lege, ut is fratri suo certam summam dependeret: iudex

iudex qui de divisione cognoscit, debet in eo sequi iudicium & divisionem patris. *L. si filia*, §. *si pater*, *D. fam. erc.* Sed sequi hactenus, ut ei filio cui donatum non est, legitimam portionem præstet incolumem, ut est in [18] *d. L. 2. C. de inoff. donat.* scilicet quia iudicium bonæ fidei est. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Quo in genere iudicis est omnia æstimare & præstari iubere, quæ alteri litigatori ab altero ex bono & æquo præstanda sunt. §. *in bonæ*, *Inst. eod.* Nihil autem magis debetur, præstandumve est liberis ex bonis defuncti, quam legitima portio. Ea vero incolumi ita illi præstita, apparet quod dixi, eam illum consequi familiæ ercifcundæ.

XVIII. Restitutioni in integrum ad eamdem revocationem inofficiosæ donationis locus est, cum minor viginti quinque annis donavit ita, ut ipso iure valeret donatio; sed ipse in integrum restitui potuit, adversus donationem, aut in totum; aut quod huius loci proprium est, ad legitimam usque portionem liberis aut parentibus debitam. Sic valere potuit donatio, si minor curatorem non habens donavit; aut habens donavit curatore auctore: *L. 3. C. de in integr. restit. minor.* si modo & donavit res mobiles: nam immobiles nullo modo alienari possunt sine decreto. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* In qua donatione hæc non intervenerunt, ea ipso iure nulla est. Adversus quam ideo auxilium in integrum restitutionis non est necessarium. *L. ult. C. si adv. don.* Ut autem constiterit iure donatio, tamen minor donator in integrum restitui potest, alias in totum; quod fit, si sine iusta caussa donavit; sic enim læsus est hoc ipso, quod suum quod habebat, amisit: *L. non omnia*, *D. de minor.* alias pro parte: quod fit, si ex caussa donavit, ut si donavit sponsæ propter nuptias, sorori, ut maritum ampliorem nancisceretur: sed congruentem moderationem donando excessit. Nam tum quod intra modum constitit, non revocatur beneficio ætatis; quod excessit, habet in integrum restitutionem, ut declaratur in *L. 1. C. si adv. don.* Tunc autem vere dixerimus supra hunc modum donatum fuisse, cum minor legitimis heredibus, quibus pie debebat, puta matri, nec legitimam portionem integram reliquit. Ita etiam ad hanc quoque quantitatem in integrum restitui potest, quanvis cætera omni iure consistant. Hæc in integrum restitutio utroque isto casu donatori competens, etiam mortuo eo ad heredes eius quoscunque transfertur. *L. non solum*, *D. de restit. in integr.* Proinde si huic donatori intestato mortuo heres extiterit mater, ea etiam superiore restitutione ad rescindendam inofficiosam donationem utetur ad eum modum, ad quem filium donatorem restitui posse diximus: quæ rursum sententia est. *d. L. 4. C. de inoff. don.*

XIX. Si neutra harum actionum ad revocandam ex inofficiosa donatione legitimam portionem; tum locum habet querela inofficiosæ donationis. Sed hac posita, nondum actionis genus tenemus. Nam si querela est eiusmodi, qua quid iudicio repetitur; querela [19] actio est, & ita etiam nominatur in *d. L. ult. C. eod.* Si actio; aut in rem est, aut in personam, tot enim sunt actionum genera, §. 1. *Institut. de actionib* Neque vero parum interest, utrum horum esse dicamus querelam inofficiosæ donationis, cum actiones neque ex iisdem caussis nascantur, neque habeant easdem conditiones, neque iisdem, aut adversus eosdem competant. Videndum igitur, utrum horum esse velimus hanc querelam. Et de eo nihil usquam aperte traditum legimus in libris nostris. Sed ratione iuris non admodum obscura colligitur. Nam si non est in personam; haud dubie in rem esse ex superiore actionum divisione efficitur. Atqui non esse in personam, caussæ actionis in personam, satis indicant, quæ omnes eiusmodi sunt, ut ex nulla earum possit hæc querela competere. Omnis actio in personam ex obligatione est: est enim adversus eum, qui est nobis obligatus. *L. actionum*, *D. de obligation. & action.* Proinde ex una aliqua earum caussarum, ex quibus obligatio oritur, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: idque ita esse ostenditur in *d. §. 1. Instit. de actionib.* Iam vero nulla harum esse dici potest, ex qua hæc querela competat. Competit enim, ut postea dicemus, non donatori, qui solus dici potest aliquid negotii cum donatario

18) Convenit A. Fab. 3. *Coniect.* 17. In *d. L. 2.* priori membro donatio cum nulla sit, nec rescindi potest. Ideo autem, ait, sola quarta filio incolumis, quia cum universorum bonorum uni filio facta donatio videatur supremi iudicii ordinatio: arg *d. L. 20. §. 3.* officio arbitri Familiæ ercifcundæ incumbit, ut a patris voluntate, quam minimum recedatur *L. 16. C. Fam. erc.*

19) *L. un. C. de inoff. dote*, Wes. ad *h. t. C. n. 2. & 2. seqq.* scribens esse actionem civilem revocatoriam, & ideo subsidiariam, & realem, aut saltem in rem scriptam. Sich. ad *L. 1. C. h. t. n. 6.* vocat hanc præparatoriam rei vindicationi, eo quod tollat titulum donatarii, quo sublato, res deinde vindicetur. Sed id inde Sich. quia & querelam inofficiosi testamenti præparatoriam statuit, ut notavi *supra C. 3. N. 2.*

rio gessisse; sed liberis, parentibus, ad quos iniuria donationis & querelæ inofficiosi exclusæ pertinet. Num ergo his querela ex contractu competit? At hi cum donatario nihil non dico contraxerunt, sed nec gesserunt: quinimmo his etiam aut absentibus, aut invitis res gesta est. An ex quasi contractu? At multo minus in hac donatione negotium eorum gestum est, cum res sit adversus eos constituta, & negotium gestum de re donatoris, proinde aliena. An ergo ex maleficio, aut quasi maleficio donatarii? Dici hoc posset, si non aliter competeret querela inofficiosæ donationis, quam si donatio facta esset dolo malo & consilio fraudandorum heredum, donatarius autem fraudis & doli particeps. Nunc autem ita constituta est, ut nihil referat, qua mente supra dodrantem aut bessem patrimonii a donatore donatum sit, & a donatario acceptum. Solum enim inofficiosa & immodica donatio hic quæritur, quam & rescindi ut talem placet, etiamsi donator multo plus se habere in bonis putarit, quam habebat, & donatarius idem etiam existimaverit. Quibus ita affectis, nemo dicet ullam fraudem aut culpam in donatario hærere. Quare remotis in proposito iis caussis, ex quibus esse possit adversus donatarium actio in personam, etiam hæc actio adversus eum removetur.

XX. Qua remota, relinquitur omnino genus alterum, quod huic querelæ tribuatur, ut in rem actionem esse dicamus. Idque etiam ita esse licet intelligere ex eo, quod introducta esse dicitur ad similitudinem querelæ inofficiosi. Nam & querela inofficiosi est in rem actio: est enim petitio hereditatis, ut supra ostendimus. Sit igitur & querela inofficiosæ donationis similiter in rem, ut quemadmodum illa rescisso testamento hereditatem vindicat; sic hæc rescissa donatione quatenus inofficiosa est, vindicet id quod de inofficiosa donatione detrahitur. Erit ergo hæc in rem actio, aut petitio hereditatis, aut rerum singularum petitio, quæ dicitur rei vindicatio. Utrum igitur? Sed petitio hereditatis hic esse 10 non potest. Nam, ut ante dixi, revocantur hic ea bona donatoris, quæ cum a vivente donata essent, non fuerunt eius, cum moritur: ut proinde in his nullo modo dici possit revocari, petive ad revocationem hereditas: cum non sit hereditas, nisi earum rerum, quæ defuncti fuerunt tempore mortis. *L. nihil aliud, D. de pet. hered. L. hereditas, D. de regu. iur.* Sed & hac querela non totum patrimonium petitur, ut fit, cum petitur hereditas, sed solum pars rerum donatarum. Adde, quod adversus eum, qui titulo singulari quid possidet, ut pro donato, non autem possidet pro herede, petitio hereditatis non datur. *L. regulariter, D. de hered. pet.* Ita fit, ut ex actionibus in rem non alia hic esse possit, quam actio in rem singularum rerum, & quæ uno verbo dicitur rei vindicatio, querelam præcedentem, & eamdem tamen adiunctam habens, qua de singulis rebus donatis quarta, ut olim, ut nunc, tertia portio legitima revocatur. Dicet aliquis: at in rem actio, seu vindicatio non datur nisi domino. *L. in rem, D. de rei vindic.* Quibus autem donatione iniuria facta est, & quibus ideo querela inofficiosæ donationis competit, domini non sunt. Res enim donatæ fuerunt donatoris. Ab eo translatæ in accipientem, eius propriæ factæ sunt. *§. per traditionem, Institut. de rerum divis.* Neque porro eiusdem rei duo domini esse possunt in solidum. *L. 5. §. ultim. D. commod.* Quomodo igitur istis ad res donatas pro parte revocandas in rem actio? Quia qui prius iure donationum communi domini non erant, iis legibus quibus querela inofficiosæ donationis proposita est, fiunt domini sub conditione, si querelam instituerint, & in ea obtinuerint. Quemadmodum enim testamento inofficioso facto, veteribus legibus testamentum valet; querela autem inofficiosi proposita, si de inofficioso actum sit, & pronuntiatum, rescinditur testamentum, & proinde habetur, quasi factum non esset: *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testam.* sic inofficiosa donatio, quæ per se valuerat, perlata inofficiosæ donationis querela, rescinditur, ut nec videatur ab initio donatum esse, quod donatum est. Nam hæc querela ad illius similitudinem introducta, eamdem vim & potestatem habeat, necesse est. Iam vero si donatæ res non essent a patre, filius mansisset dominus per successionem. Et hoc est, quod in *L. si totas, C. de inofficios. donat.* dicitur id quod de inofficiosa donatione detrahitur, ad patri-

10) Wes. *h. t. C. n.* 13. Hæc querela, ait, inducta, non ut titulus iuris hereditarii, ceu male quidam, sed legalis & ab hereditate separatus, impugnans titulum, non hereditatis, sed contractus. Quin hoc ipsum, quod hæc etiam liberis heredibus datur *L. 3. C. h. t.* probat hunc non esse titulum successionis; alias tenerentur ratam habere donationem, quia heres factum defuncti præstat, *ibid. n.* 17. Non etiam, ait idem *n.* 20. ius hoc ex contractu, ut male Bartolus: sed ex lege, contra ius contractus.

trimonium patris reverti, ut liberi inde debitum bonorum subsidium consequantur. Detrahitur ergo primum donatario: deinde redit ad vetus patrimonium: sic denique id ipsum adiicitur liberis, ut hoc modo legitimam portionem, quam quærunt, consequantur.

XXI. Cognito genere actionis ad revocandam inofficiosam donationem constitutæ, deinceps cuiusmodi sit actio breviter dicemus: id est, quibus competat, adversus quos, qua de re, & cuius rei gratia. Ac primum quibus competat, videamus. In hoc primum diligenter nobis constituendum est adversus vulgarem errorem, nunquam querelam ullamve aliam actionem revocandæ inofficiosæ donationis nomine competere ipsi donatori: sive is pater est, qui læsit liberos immoderata donatione; sive filius, qui parentes. Cuius rei argumenta hæc sunt. Primum certi iuris definitio est, donationes recte perfectas non posse a donatore ex pœnitentia, aut ullius erroris prætextu revocari. *L. cum ancillam. L. si repetendi, C. de cond. ob caus. dat.* Merito: quoniam quacunque actione is donata repetat, semper ei sua voluntas obstatura est, qui ab initio ita dedit, ne unquam repeteret: hoc enim proprium donationis. *L. 1. D. de donation.* At donatio quantumvis immensa & inofficiosa, voluntate donantis eiusdemque domini statim perficitur: unde & dicitur statim suis viribus niti, nec ullo alieno adminiculo indigere, in *L. 2. C. de inoffic. donat.* Hanc igitur ita perfectam donator revocare non potest. Iam vero demus donationem aliquando a donatore revocari posse, ut sane potest: ex quo illud in *§. aliæ, Institut. de donation.* semel perfectas non posse revocari temere: at certe constat non posse, nisi iusta caussa legibus cognita. Atqui nulla omnino ex his donatori caussa est ad donationem inofficiosam ob id solum, quod inofficiosa sit, revocandam. Omnis revocandæ donationis caussa genere triplex est, aut ingratitudo donatarii, & ea non qualibet, sed quæ admissa sit iis rebus, quæ ad eam ingratitudinem revocatione plectendam legibus definitæ sunt; de quibus in *L. ultim. C. de revoc. donation.* aut liberi donatori postea suscepti, de quo in *L. si unquam, C. eod.* aut vitium ipsum inofficiosæ donationis. Priora duo genera caussarum ad eam revocationem de qua agimus nihil pertinent, nec donatori ad querelam inofficiosæ donationis quidquam prosunt. Illæ enim caussæ nascuntur donatori postea. Donatio inofficiosa vitium præsens in se continet, & qui ut inofficiosam arguit, hac sola ad revocandum caussa utitur. Videamus ergo, num possit donator donationem inofficiosam revocare solum ideo, quia sit inofficiosa. Minime vero hac de caussa potest. Aut enim revocabit suo nomine & ex persona sua, aut nomine liberorum parentumve, quos donatione bonis suis exclusit. Non utique poterit ex persona sua & suo nomine: non enim donatio adversus eum inofficiosa est. Sed nec ipse ullam fraudem aut iniuriam in ea donatione patitur. Donavit sua sciens, & volens. Non fraudantur, qui sciunt, & consentiunt. *L. nemo videtur, D. de regul. iur.* Multo minus ex persona liberorum parentumve revocare donationem illi concedendum est. Ipsorum enim iniuria est, quam persequentur ipsi si volent; si nolunt, nulla querela est ne patri quidem. *L. Papinianus*, in princip. *D. de inoff. testam.* Quid, quod querela inofficiosæ donationis etiam liberis & parentibus nunquam competit vivo donatore, sed eo aut testato, aut intestato mortuo? *L. 3. C. de inoff. donat.* Absurdum sit igitur eam exerceri a donatore nomine eorum, quibus etiam si velint, nondum illa competit. Quare cum donatio quævis sine iusta caussa legibus definita revocari non possit; omnis autem ea caussa adempta sit ei donatori, qui donationem inofficiosam a se factam tanquam talem revocet: omnino ea a donatore ob id solum, quod inofficiosa sit, ulla actione revocari non potest. Postremo inofficiosæ donationis querela ad similitudinem querelæ inofficiosi introducta est, & quidem huius veluti supplendæ caussa. *L. ultim. L. 2. L. si totas. L. si mater. L. penult. C. de inoff. donat.* Plusquam autem certum est, querelam inofficiosi non competere ipsi testatori, sed iis qui testamento inofficioso contra officium pietatis læsi sunt. Quare ne querela quidem inofficiosæ donationis ipsi qui contra officium donavit, competet.

XXII. Sed moventur vulgo contra verbis *L. si totas, C. eod.* ubi ita scriptum est: portionem legitimam, quam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus inofficiosi detractam ad patrimonium donantis reverti, ut filii vel nepotes postea consequantur debitum bonorum subsidium, ex quocunque legitimo matrimonio nati sunt. Quomodo donatum ad eam quantitatem reverti ad patrimonium donantis potest, nisi vivo donan-

nante? nam mortuus quia non eſt, patrimonium habere dici non poteſt. Et quomodo redire poteſt ad patrimonium viventis, niſi ipſo [21] agente, & patrimonii ſui cauſſam procurante? Et ego fateor proprie hoc ita recte dici. Sed locus indicat id ita eſſe interpretandum, ut quod ex donatione detrahitur, revertatur ad patrimonium donantis mortuo donatore. Adiicitur enim ratio, ut liberi debitum bonorum ſubſidium conſequantur. An ergo ut conſequantur vivo patre donatore? Minime. Neque enim huic ſubſidio prius locus eſt, quam deceſſerit is, cuius de hereditate agitur, cum hoc ſubſidium fuerit olim quarta legitima, hæc autem quarta ſit quarta pars debitæ ab inteſtato portionis *L. 2. C. de inoffic. donat. L. Papinianus, §. ſi quis mortis, D. de inof. teſtamen.* Neque vero donatum prius redire debet ad hoc ſubſidium conſequendum, quam certum eſſe cœperit hoc ſubſidium deberi: ac multis caſibus evenire poteſt vivo donatore, ut ne debeatur. Quid enim, ſi interea liberi deceſſerint? quid, ſi pater aliunde tantum acquiſierit, quantum ſatis ſit ad portionem legitimam explendam? Neque hoc mirum videatur dicere nos aliquod redire ad patrimonium donatoris, quod mortuo donatore redeat. Hic enim patrimonium donantis intelligi debet dictum eſſe [illegible] non quod nunc ſit donantis, ſed quod olim fuit: quemadmodum dicimus inſulam, quæ aliquando fuit, non quæ nunc eſt. *L. inſula*, in fin. *D. de acquirend. rer. domin.* tutorem finita tutela, qui ſane amplius tutor non eſt, ſed qui modo tutor fuit.

XXIII. Quibus igitur querela inofficioſæ donationis competit? Nempe iis, quibus teſtamento inofficioſo ab hereditate excluſis querela inofficioſi teſtamenti competeret: cum ſciamus querelam inofficioſæ donationis non ſolum conſtitutam ad ſimilitudinem prioris illius, ſed etiam ad vindicandam iniuriam donationis inofficioſæ, per quam querela inofficioſi eluſa & excluſa eſt. *L. 1. L. ſi mater, C. de inoff. donat.* Ita querela inofficioſæ donationis competit [22] liberis, parentibus, fratribus conſanguineis, ad quos donationis iniuria pertinet, adempta his per iniquitatem donationis legitima portione. De liberis conſtat, ad quos reſcripta huius *Tituli C.* auxilium adverſus inofficioſas donationes conſtituentia fere omnia nominatim diriguntur; & vero omnia exceptis duobus. *L. 4.* & *L. ultim.* De parentibus ſub perſona matris reſcriptum eſt in *L. 4. C. eod. tit.* Conſentaneum eſt idem & in fratribus intelligi debere, quo caſu nulla donatione facta de inofficioſo teſtamento queri potuiſſent; cum hic dicamus omnia eſſe cum querela inofficioſi ſimilia. *d. L. ult.* Sed meminerimus ſemper hoc ipſum quod nobis in hac querela per omnes partes tenen-

21) Ita Bart. ad *L. 1. & ad L. 5. C. h. t.* Weſ. ad *h. t. C. n.* 18. & DD. communiter in ſpecie *d. L.* 5. & unico hoc caſu (non enim ſemper donantem revocare poſſe vulgo ſentiunt) donatori ipſi hanc actionem competere. Nam putant, ſicuti qui donavit extraneo, natis poſtea liberis, in totum revocat: *L. 8. C. de rev. don* ita qui uni filiorum, ſi alios poſtea liberos ſuſcepit, quibus legitima ſalva non eſſet, rata manente donatione, eam pro modo legitimæ reſcindi. Et ita quoque Cuiac. in *Nov. 92. & Ic. ad Afric. in L. 10. Ne quid in fr. patroni.* Forcat. *Dial.* 115. *n.* 6. non tractari *d. L.* 5. de hac querela, quæ non niſi poſt mortem naſcitur, quamque ipſe pater contra pietatis officium a ſe factam non diceret, ne propriæ turpitudinis accuſator ſit. Sed de qua tractetur, non ſatis expedit. Sicuti nec Ant. Fab. 3. *Coniect.* 17. dum inquit in ſpecie *d. L.* 5. de illo patrem ſollicitum eſſe, quomodo liberis poſtea natis debita portio relinqui poſſet, ne alias donationes in fratres collatas in ſolidum revocarent. Donationem quæ initio non fuit, ex poſt facto fieri inofficioſam, ſi pater ad ſe eam donatorum partem, quæ aliorum liberorum legitimæ ſufficiat, reverti nolit. Non enim hinc liquet, quodnam detur remedium ipſi patri donanti, *in caſu d. L.* 5. ad revocationem non totius, ſed partis. Mol. *P. h. t. n.* 23. falſum intellectum *d. L.* 5. in errorem præcipites egiſſe DD. ſentit. Et ibidem *n.* 33. *& ſeqq.* contra DD. ibi non ex tacita mente donantis (ut *L. 8. C. de rev. don.*) tempore donationis, nec expreſſa voluntate præſenti revocari, ſed contra eius voluntatem, ob vitium inofficioſi. Quod probat (1) Quia *d. L.* 5. poſita *in tit. de inoff. donat.* non in tit. *de. rev. don.* (2) Quia ab aliis legibus huius tituli hæc ſola non difformis erit (3) Quia excludit ingratos, quos tamen patri admittere liberum. (4) Per verba *neceſſe eſt*. Ergo hic non de revocatione, quæ fit ab ipſo donatore: ſed quæ eo invito, ex neceſſitate iuris. Alias quoque rationes profert, quas, ne prolixior ſim, prætereo. Cauſſæ conſtitutio in *d. L.* 5. ex ſententia Mol. *n.* 33. *& ſeqq.* talis: Qui donaverat emancipatis, ducta poſtea ſecunda uxore, metuens, ne ſi forte, ex ea liberos ſuſciperet, illi donationis fructum fratribus eriperent: quæſivit, an & quatenus donatio, non a ſe, & ex voluntate ſua, ſed ex neceſſitate iuris a liberis iſtis aliquando poſt mortem ſuam revocari poſſet. Videbatur quod non poſſet, quaſi donatio, non ad intervertendam querelam inofficioſi facta perfectaque initio, poſtea inofficioſa non fiat, nec vitietur etſi in eum caſum devenerit, a quo incipere non potuit. Contra deciditur, quod etſi pater ratam haberi velit donationem: tamen neceſſe ſit ſervari legitimam filiis poſterioris matrimonii, tam reſpectu bonorum donatorum, quam poſtea quæſitorum. Et quantum ad hoc, bona donata *reverti*, ut ſcilicet de iis quoque legitima æſtimari poſſit. Hocque nove ſtatutum cenſet, quod abſque *d. L.* 5. eſſet donatio rite perfecta, nulloque vitio inofficioſi, nec re, nec conſilio (cum tempore donationis hi liberi nec nati fuerint, nec de iis cogitatum) affecta: utique eventu & caſu poſtea emergente non infirmaretur arg. eorum, quæ *ſupra h. C. N.* 5. Ita Mol. qui & ſtatuit hoc ipſo caſu, ſi pater ipſe velit revocare donationem, poſſe id in totum facere æque, ac ſi facta extraneo eſſet *d. L. 8. C. de revoc. donat.* Ubi autem liberis natis aperte confirmavit donationem, ſicuti ab extraneo donatio ex poſt facto inofficioſa per liberos tantum pro ratione quartæ revocaretur, cum conſilium fraudandi ceſſet: ita pariter, ſi in liberos collata, &c. Confer. Mod. Piſt. *P*, 2. *QQ.* 66.

22) Vid. Hart. Hartamanni *Lib.* 2. *Tit.* 44. *Obſerv.* 4. Liberis autem naturalibus non datur *L.* 5. ubi *ex quocunque &c. C. h. t.* Valaſc. *Conſ.* 94. *n.* 7. Et hic quoque locus ſucceſſorio edicto, ut vult Rubeus *ad L.* 14. *D. de inoff. Teſt. Cap. ult. n.* 6. *& ſeqq.* & iuri accreſcendi, ibid. *n.* 15. ac pendente lite, filius ex bonis litigioſis alendus, A. Fab. *Cod. Fabr. h. t. de fin.* 5.

tenendum eſt, quibuſcunque propoſita ſit querela inofficioſæ donationis, ſemper introductam eſſe legibus ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. Ex quo intelligere debebimus ſupraſcriptis perſonis ita eſſe conſtitutam; ut iis competat iiſdem conditionibus, eodemque iure atque ordine, quibus competeret his ipſis querela inofficioſi, non latius; præter quam una in re, de qua poſtea. Proinde quibuſcunque de cauſſis querela inofficioſi non competit, ſciamus & his de cauſſis querelam inofficioſæ donationis excludi.

XXIV. Querela inofficioſi ita non competit ſuperioribus perſonis, ut aut a principio his non detur, aut cœpta finiatur. Denegandæ his ab initio querelæ inofficioſi, cum teſtamento excluſæ fuerint, tres cauſſæ ſunt. Una, ſi liberi, parenteſve iuſta de cauſſa 23 ingratitudinis teſtamento adſcripta ſummoti ſint. Ergo & his ipſis eadem ingratitudine notatis querela inofficioſæ donationis denegabitur, ut indicat *L. ſi totas, C. eod.* ita tamen, ſi eodem exemplo donator in inſtrumento donationis adſcripſerit iuſtam cauſſam ingratitudinis, qua motus nollet quidquam de bonis ſuis ad liberos ſuos, aut parentes pervenire. Altera cauſſa querelam inofficioſæ donationis ab initio removet, ſi quo alio iure ad defuncti bona perveniri poteſt. Et nos iam ante idem in querela inofficioſæ donationis ſervari diximus, ſi qua alia actione legitima portio de donatione inofficioſa obtineri poteſt. *L. 2. L. 4. C. eod.* Tertia cauſſa excludendæ ab initio querelæ inofficiosi eſt, ſi liberis & ſimilibus perſonis portio legitima relicta ſit, aut adeo relictum aliquid, propter quod ad ſupplementum reliquæ legitimæ agi poſſit. Idem iuris eſt & in querela inofficioſæ donationis; etiam hanc excludi placet aut in totum, aut pro parte iiſdem rebus relictis, quibus querela inofficioſi excluditur. *L. cum donationibus, C. eod.* Cumque de hac portione legitima conſtare non poſſit, utrum relicta ſit, necne, & hac non relicta, quæ quantave iniuria facta ſit heredibus legitimis patrimonio exclusis, niſi mortuo eo de cuius bonis agitur; eo fit, ut quemadmodum querela inofficiosi adverſus iniuriam teſtamenti niſi mortuo teſtatore competere non poteſt, ſic nec poſſit competere querela inofficioſæ donationis adverſus donationis iniuriam, niſi mortuo donatore: quod & indicatur in *L. 3. C. eod.* Ex perſona teſtantis ceſſat querela inofficioſi, ſi teſtator miles eſt, a quo ſit inofficioſum teſtamentum. Proinde etsi miles totum patrimonium ſuum inofficioſa donatione in extraneos contulerit, ceſſabit etiam adverſus eam donationem querela inofficioſæ donationis.

XXV. Iam vero querela inofficiosi quanvis ab initio recte conſtituta, tamen ſuis quibuſdam modis amittitur, ex quo etiam competere desinit: puta his, repudiatione; iudicii defuncti agnitione; 24 tempore, si intra quinquennium ex quo competere cœpit, inſtituta non fuerit; morte eius ad quem ea pertinebat, si is non præparata ea deceſſerit. Totidem ergo modis & querelam inofficioſæ donationis finiri intelligemus. Agnitione donationis eam excludi declaratur in *L. cum donationibus, C. eod.* Quanto magis excludetur aperta repudiatione? Sed & in cæteris modis par eſt idem admittere. Poſtremo si plures, quorum ſinguli, si ſoli eſſent, vocarentur ad querelam inofficiosi, diximus in his locum eſſe ordini legitimæ hereditatis, & unius in primi deficientis locum ſucceſſioni: ut, si quis deceſſerit liberis exheredatis, & patre præterito, defertur querela primum liberis, ſed hac lege, ut his deficientibus ſuccedat in querelam pater. Idem igitur ordo & in querela inofficioſæ donationis erit, eademque ſucceſſio, si is qui liberos & patrem habebat, patrimonium ſuum immenſa donatione inter vivos in extraneos effuderit. Hactenus ergo omnia huic querelæ cum querela inofficiosi ſimilia, cum quæritur, quibus ea competat. Unum hac parte diſſimile eſt, quod ſupra attigi, quod querela inofficiosi teſtamenti non competit, nisi teſtamento facto, ut titulus ſatis indicat. Inofficioſæ donationis querela & teſtamento facto, & donatore inteſtato mortuo competit.

XXVI. Reliqua huius querelæ ſuperioribus cognitis ſunt 25 expedita: adverſus quos detur; qua de re; cuius rei obtinen-

23) Quod Mol. *h. t. n.* 71. ſtatuit, etſi ingratitudinis cauſſa donatione non expreſſa, quia in teſtamento expreſſio pro forma requiritur. Et fac. *N.* 92. *C.* 1. §. 1.

24) Rub. *ad L.* 14. *D. de inoff. teſt. C. ult. n.* 5. Et ita verba eadem temporibus *d. L. ult.* exponunt *Gl.* & *DD.* & Ania. *in L. un. C. Th. h. t.* Weſ. *in h. t. C. n.* 4. Et hæc quoque ad heredes tantum ſuos tranſmittitur; ad extraneos non niſi præparata, Weſ. *ibid. n* 20. Trentac. 3. *Pract. Reſol. Tit. de Donat. Reſol.* 4. *n.* 14.

25) Nondum tamen expeditum, an detur contra ſingulares ſucceſſores? Weſ. *h. t. C. n.* 24. dari contra omnes, ad quos res titulo lucrativo pervenerunt, quatenus inde locupletiores. Confer. *infra not. ad L.* 8. *C. de revoc. donat. N.* 12. Item an pro modo eo, quo revocatur, fructus quoque reſtituendi? de quo Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 38. *n.* 1. *&* 2. Et Trentac. *Lib.* 3. *Pract. Reſol.* 4. *n.* 13. Denique quid ſi res donatæ non exteot? Vulgo condictionem ex lege reddendam volunt, teſte Vaudo 2. Q. 24. *n* 10.

tinendæ gratia. Si querela inofficiosæ donationis actio in rem est, sequitur, ut detur adversus donatarium quidem, sed hac conditione, si res donatas possideat, aut cum sciret donationem inofficiosam esse, idest, cum sciret totum patrimonium esse donatum, aut donationem dodrantem, vel bessem excedere, & esse donatori liberos, vel parentes, qui ea donatione fraudarentur, desierit possidere: sic enim dolo possidere desiit. Quod si neque possidet, neque scivit donationem inofficiosam esse, non tenebitur: hæc enim conditio est actionis in rem, de qua in rei vindicatione dicemus. Rebus donatis alienatis, eiusdem actionis naturæ convenit, ut & detur querela adversus huiusmodi possessores, sive possideant, sive cum donationem inofficiosam non ignorarent, possidere desierint. Si quæritur de re, de qua & quanta hæc querela competat, iam supra intellectum est hac querela revocari res donatas, sed hactenus, ut de universis portio legitima detrahatur, quantam agenti ad summovendam inofficiosi querelam relinqui necesse esset. *L. 2. L. si totas, L. si mater, C. eod.* Ergo & de singulis rebus donatis ita agetur, ut pro portione huius legitimæ singulæ minuantur. *L. penult. C. eod.* Finis & effectus actionis idem, qui & rei vindicationis omnis: de quo melius ex ipso genere postea cognoscetur.

XXVII. Inofficiosæ donationis species quædam est dos inofficiosa, cum quis mulieris nomine, sive ea filia est, sive extranea, omne patrimonium suum in dotem marito dedit. Etsi enim non sunt proprie donationes, quæ ob caussam fiunt; *L. hoc iure, §. 1. L. Aquilius, D. de donat.* dos autem omnis ob caussam datur, nempe ut maritus onera matrimonii sustineat; unde & dos negatur marito ex caussa lucrativa esse; *L. ex promissione, D. de oblig. & actio.* quæ hic de hac specie dubitandi caussa fuit: tamen hæc ita de dote recte dicuntur, cum personam spectamus mariti, qui accipit, & mulieris, cuius nomine dos datur. Datum marito & mulieri dos est, & hactenus non donatio: cæterum danti [26] donatio est; quippe qui liberalitatis caussa cum non cogeretur, ita dedit. Intelligitur autem donari, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, D. de don. L. donari, D. de reg. iur.* Idcirco & dos inofficiosa iisdem legibus revocationis ac querelæ, quibus cæteræ inofficiosæ donationes, subiicitur. Quoque minus dubitaremus ita esse, quoniam superior obiectio quem movere poterat, ideo visum est separatim & proprio titulo de eo cavere: id factum est in *L. una, C. de inofficios. dotib.*

n. 10. qui putat consumpta condictione sine caussa, vel ex caussa iniusta, debere repeti arg. *L. 1. in fin. de cond. si cu. L. 5. §. ult. L. 6. de don. int. vir.*

26) Ann. Robert. 3. *Rer. iudic.* 10. *p.* 711. Et censetur quoque dotis caussa lucrativa, quoad mulierem, etsi sit filia dotantis *L. ult. §. 1. Quæ in fraud. cred.* Pinell. *in L. 1. C. de bon. matern. P. 3. n. 62. pag.* 347. immo, & quoad maritum, quatenus congruum modum excedit, ut vult Molinæ. *Tr. de Donat. fact. in contr. matrim. n.* 51. Confer. Cuiac. 26. *Obs.* 25. Etsi absolute non sit *L. un. cir. med. C. de impon. lucrat. descript. Lib.* 10. *tit.* 35. De dote inofficiosa pluribus Sich. *ad L. un. C. h. t.* Trentacinq. *Libr.* 3. *Pract. Resol. Tit. de Iure dotium Resol.* 3. Valasc. *Consult.* 184. Matthæ. de Afflict. *Decis.* 88. ibique Cæsar Ursill. *in annot.* Vinc. de Franch. *Decis.* 558. Fuse Wes. *ad Tit. C. de inoff. dotib.* Hic satis superque.

C A P. X I I.

De hereditatis petitione.

I. Species petitionis hereditatis exposita est, querela inofficiosi testamenti, quae a genere separatim cognoscenda, & simul prius tractanda videbatur ob eas caussas, quas statim ab initio eius tractationis ostendi. Huic per occasionem adiuncta querela inofficiosae donationis; non quod eamdem petitionem haberet, sed quod confirmandae prioris illius caussa comparata, ita cum priore coniuncta esset, ut non posset ab ea divelli. Sequitur ipsum petitionis genus, quae communi nomine dicitur petitio hereditatis, pertinens ad omnes petitiones, quibus hereditas quacunque ex caussa petitur.

II. Petitio hereditatis est actio in rem, per quam hereditatem nostram petimus, & per caussam hereditatis res singulas hereditarias ab eo qui quid earum rerum sine caussa possidet, ut nobis restituatur. In rem actio est; sic nominatur in *L. sed et si lege*, §. *petitio*, *D. de hered. pet.* Id ipsum & definitio actionis in rem ostendit. Diximus enim supra, actionem in rem esse, per quam rem nostram petimus; & semper eam adversus possessorem esse. *L. actio-*

L. actionum, *D. de obl. & act.* Ac talis est hereditatis petitio ex definitione superiore. Nam hic petimus, rem nempe hereditatem, & eam nostram: & petimus ab eo, non qui nobis obligatus sit, sed qui hereditarium quid possideat, tantum hoc nomine, quia possidet. Est igitur petitio hereditatis actio in rem. Sed animadvertendum hoc loco est, ita eam in rem esse, ut hic singulare quiddam & proprium huius generis accidat, præter cæteras rerum singularum in rem actiones. Nam eæteræ actiones in rem, nihil nisi in rem funt, id est, ita funt adverfus possessorem constitutæ, ut quemadmodum is rem possessam potest sine dolo malo desinere possidere; ita cum desierit, simul & ipse actione quæ non personam eius, sed rem sequebatur, desinat teneri. Petitio autem hereditatis cæteris in rebus maxima ex parte in rem; quemadmodum rerum personales præstationes habet, puta pretiorum, quæ is qui pro herede se gerebat, redegit ex rebus hereditariis distractis; item pecuniæ, quam a debitoribus hereditariis tanquam heres exegit: hoc in *d. L. sed etsi lege*, *§. petitio*. Dicuntur autem istarum rerum personales præstationes eodem modo, quo personalis actio, seu actio in personam. Ut enim personalis actio dicitur, quæ personæ cohærens, hanc sequitur, omissa quæstione, utrum rem debitam possideat, necne, qua eadem qui teneri cœperat, non desinit teneri, donec præstiterit, quod debetur, ut supra suo loco expofuimus: sic & in petitione hereditatis qui istius omnis pecuniæ nomine, quam dixi, teneri cœperit, ita tenetur, ut quamvis eam pecu-niam quam primo redegerat, amiserit; teneatur nihilominus perpetuo tanquam præstatione eius personæ cohærente, qua nec prius teneri desinat, quam exsolverit: quod cuiusmodi sit, amplius dicetur suo loco, in ea parte in qua quæritur de rebus, quæ in hanc petitionem veniunt.

III. Enimvero cur petitio hereditatis, eum in rem sit, huiusmodi personales præstationes habet; eæteræ autem actiones singularum rerum, quæ similiter in rem sunt, eas præstationes non habent? Hoc eo fit, quod specialibus in rem actionibus species & res certæ petuntur. *L. 6. D. de rei vind.* Atque hæ natura sua desinere possunt possideri; quod si desierunt sine dolo malo possessoris, natura actionis in rem postulat, ne teneatur, qui prius possidebat. *L. qui petitorio*. *D. de rei vind.* At pretia rerum distractarum, & pecunia a debitoribus exacta, quæ in petitionem hereditatis veniunt, sic incipiunt a possessore hereditatis deberi, non ut species hic debeatur, sed genus. Qui enim percepit, exempli gratia, centum aureos, is non debet eam ipsam speciem nummorum, quam acceepit, sed centum in genere; centum denique ubicunque illi aut sunt, aut futuri sunt. *L. 2.* In pr. & *§. 1. D. si cert. pet.* proinde rem incertam. Iam vero huiusmodi res ut perire non possunt, sic nec dici desinere possideri. *L. in ratione*, *§. incertæ*, *D. ad leg. Fal.* Ita fit, ut quoniam qui istarum rerum nomine teneri cœperat, eas a se non amittit, ideo suffragante etiam actionis in rem natura perpetuo tanquam possessor earum rerum nomine teneatur. Inde dictum petitionem hereditatis [1] mi-

 Pp 2 stam

[1]) Et vere, itaque hæc mista actio, de utraque reali, & personali participans (etsi hoc Donellus noster non velit, quippe, qui nullas mistas actiones statuit, vid. *not. ad Comment. Inst. de Act. §. 20. N 8.*) ut recte DD. vulgo. Azo. *in Summa C. h. n.* 20. Myns. *in §. actionum* 28. *I. de act. n.* 119. Maranta *Speculo aureo P. 4. Distinct. indic.* 3. *n.* 62. (scribens oriri, ex quasi contracto, aditionis hereditatis, quod non omnino placet.) Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 102. Vital. 1. *Var. Lect.* 16. *n.* 5. P. Greg. 46. *Synt.* 17. *n.* 2. Vult. ad *L. un. C. ubi de her. ag. n.* 25. Cuiac. *ad §.* 2. *L. de act.* Fachio. 11. *Contr.* 62. Atque hæc, non alia ratio est, quod ei tricennio tantum præscribitur, reddita in *d. L.* 7. ut frustra quidam aliam comminiscantur, recte Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 1. *§.* 12. *n.* 5. *& seqq.* Cuiac. 6. *Diff. Medestini ad L.* 46. *h. t.* duas actiones huic inesse, personalem, & realem, utramque per se, ideoque tricennio illi præscribi: Nam, ait, si tota æstimaretur ex parte, qua realis est: iniuria fieret actori, coarctata etiam personali actione ad annos 10. vel 20. Expedit itaque actionem mistam totam æstimari ex parte, qua personalis, ut non nisi 30. annis perimatur, quia iura & actiones produci, quam coarctari melius est. Tametsi Cacheran. *Decis.* 56. *n.* 7. quandoque longo tempore præscribi huic actioni velit, tunc scilicet quando datur contra possidentem titulo singulari. At imo nunquam contra eum datur, ut *supra N.* 26. Plane, quia actus mistus a potiori nomen sumit; *L.* 12. *de stat. hom.* ideo hæc realis dicitur, plerunque a re, ceu principaliori, ut Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 29. *& seq.* Et per eam vindicare dicimur *L.* 8. *L.* 19. *§.* 2. *D. L.* 3. *L.* 9. *C. h. t. L.* 17. *pr. de inoff. test.* non ideo tamen mere realis, ut Achill. Personal. *Tr. de Petit. hered. n.* 633. Cagnol. *in Rub. D. Si cert. pet. n.* 62. Belloo. 2. *Suppue.* 3. A. Fab. 20. *Coniect.* 10. *pag.* 116. Dura enim expositio Belloni: *mista personalis ratio compellit*, id est quæ ratio efficit, ut personalis mista præscriptione tricennali perimatur; eadem in hac, quæ quanvis mere realis sit, habet tamen præstationes personales. Hæ enim imo præstationes personales faciunt, ut sit mista, per *L.* 22. *§. pen. Fam. erc.* vel saltem, cum principaliter quidem, & per se in rem sit, orta ex iure hereditatis universali, & reali; actio tamen personalis illi, quasi inclusa, & sic immista est, ut in multis eundem effectum habeat. Et ut reliquæ tres actiones mistæ, quæ *in §.* 20. *I. de act.* origine, & essentia sunt in personam; sine & effectu vero de realibus participant. Vid. *not. ad d. §.* 20. *N.* 8. ita hæc, versa vice, origine in rem, exitu vero multa cum actione personali communia habet. Quod & fere agnoscit Bellon. *seq. C.* 4. scribens hanc dici posse realem mistam, ut illæ personales mistæ. Non obstat retorsio Belloni *ex d. L.* 7. *v. a ceteris autem* sic arguentis: Regula traditur, quod actionibus realibus præscribatur longo tempore. Inde excipitur petitio hereditatis. Ergo & hæc realis, alias exceptio de regula non erit. Nam resp. mista sub simplicibus contineri, vid. *not. ad d. §.* 20. Et spectari quod prævalet *L.* 12. *de stat. Hom. &c.*

ftam perfonalem actionem habere. *L. hereditatis, C. de pet. her.* Cætera definitionis fuperioris cum pertineant ad fuos quæque locos, in quibus recta inftitutio huius actionis verfatur, ad eos locos nobis remittenda funt, unde certius & dilucidius fingula cognofcantur.

IV. Conftat autem recta inftitutio petitionis hereditatis iifdem illis locis quatuor, quos in omni hac inftitutione actionis perfequimur, Quibus competat, Adverfus quos, Quibus de rebus, Cuius rei gratia. Ex quibus primum illud fi quæritur, competit 2 petitio hereditatis heredi, cuius eft hereditas, quam & fuam effe intendit. *L. 3. L. licet, D. de her. pet.* Quod cum dicimus, hoc dicimus, ei qui fe heredem, & fuam hereditatem intendat, ita ius effe hereditatem petere, ut petenti nihil obftet, quominus ad eam petitionem admittatur. Idque ita eft, etfi heres legitimus ab herede fcripto legatum acceperit, qui deinde tanquam teftamento non iure facto, aut poftea rupto, hereditatem petat ab inteftato. Sane in hac fpecie hactenus heredi acceptionem iftam nocere placet, ut non aliter ei detur petitio hereditatis, quam fi legatum reddiderit: dum tamen etiam ei a poffeffore caveatur, fi contra eum de hereditate iudicatum fuerit, legatum ei reddi. Sed etfi manifefta actoris 3 calumnia fit, in eadem fpecie placet ei hereditatis petitionem denegari. Hoc in *L. poftquam*, 43. *D. de her. pet.* Hoc excepto, dum nulla ordinaria exceptio agentem removeat, puta pacti conventi, iurifiurandi, rei iudicatæ; fic ius eft; ut ei qui hereditatem fuam effe dicat, iure eam petere, & de ea iudicio confiftere liceat. Utrumque igitur cognofcendum eft ei qui hereditatem recte petiturus eft, & quid vocemus hereditatem, & quomodo efficiatur hereditas cuiufque, ut poffit quis eam iure fuam dicere.

V. Hereditas eft fucceffio in univerfum ius, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas, D. de regul. iur.* Succeffio, id eft, ut docui pluribus in acquifitione eorum, quæ per univerfitatem contingit, res, quæ fucceffit in univerfum ius. Hereditatem quidem rem effe conftat, ut quæ numeretur præcipue inter res incorporales. *Inft. de reb. corp. & incorp.* Rem autem effe, quæ dicatur in id ius fucceffiffe, arguit, quod hereditas nondum adita paffim dicitur a iuris auctoribus rerum hereditariarum domina. *L. hereditas, 2. D. de acquir. rer. domin. L. non minus, §. 1. D. de her. inft.* Unde domina, nifi quia dominium occupavit? & quomodo occupavit nifi per fucceffionem, dum in ius defuncti fucceffit? Hanc rem & dominam cum heres fibi acquifiit, per eam confequitur videlicet, ut & ipfe in ius defuncti fuccedat. *L. 3. D. de bon. poff.* Ex quo deinde quæ hereditas prius dicebatur fucceffio, feu domina quæ fucceffit in ius defuncti, nunc dici incipit folum ius univerfum defuncti fucceffione in heredem translata, qui iam ipfe in id ius fucceffiffe intelligitur beneficio hereditatis quæfitæ. Et hoc ius eft univerfum, quod hic intelligimus peti, cum hereditatem peti dicimus.

VI. Hæreditatem, ut hac actione recte petatur, noftram effe oportet: quæ in omni actione in rem civili communis cauffa eft, quæ agenti actionem, id eft, ius agendi, tribuat. *d. L. actionum, D. de oblig. & act.* Quæ hereditas noftra fit, etfi ex his intellectum eft, quæ de hereditatis & univerfitatis cuiufque acquifitione in dominiis rerum acquirendis diximus; tamen quia tractatio longa eft, & fummam aliquam notionem eius acquifitionis animo informatam hoc loco habere expedit, rem totam brevi definitione & divifione complectar. Hereditas ea noftra eft, quæ iure primum nobis recte dela-

2) Ideoque dari poft aditionem tradunt arg. *L. 1. & 2. C. Quor. bon.* Gomez *in L. Tauri* 45. *n.* 154. Et repelli poffe petitorem cenfent inde, quod hereditatem non adierit, Hieron. Marilian. *Decif.* 44. Sed recte Wef. *ad h. t. C. n.* 18. aditionem aliam non requirendam in eo, qui ex fe heres effe vult: cum eo ipfo, quod hanc intentat, fatis pro herede gerat; cum animo folo hæc acquifitio contenta fit, ut *fupra Lib.* 7. *C.* 8. At fi ex alterius iure agit, ut heres heredis, neceffe eft ut probet illum, ex cuius iure agit, adiiffe, quando hereditas non adita, non transmittitur, ut *fupra Lib.* 7. *C.* 4. Itemque fi pater, & dominus hereditatem per filium, vel fervum fibi quæfitam petant. Difficultatem vero hic movet Gomez. *d. loc.* Si poft aditionem nulli amplius eft hereditas, fed patrimonium heredis, cum illa fit ius fictum, & imaginarium, inductum ad repræfentandum defunctum, quomodo petitur hereditas, quæ non eft, fed extincta. Refp. Gomez. Non datur hæc petitio, ad confequendam hereditatem, vel ius illud, fed principaliter competit, ut declaretur heres, ac in confequentiam fiat reftitutio rerum, quæ penes alium funt, quæ dicuntur hereditariæ, donec poffeffionem adeptus heres. Gœd. ad *L.* 24. *d. V. S. n.* 12. etfi repræfentationis iftius ius, quod hereditati inerat, extinguatur aditione, per eamque fiat, ne res amplius defuncti cenfeantur; cauffa tamen, ait, manet, & titulus petendi continuatur, ut & heredis heredi competat; Sicuti & emptionis ex. gr. obligatione per traditionem diffoluta, cauffa empti, & titulus pro emptore durat.

3) Secus fi vires teftamenti prius ignoravit. Unde & qui ex teftamento hereditatem petiit, & victus: non prohibetur legitimam hereditatem vindicare *L.* 8. *D. L.* 3. *C. h. t.* Etfi ab inteftato quid amplius habiturus. Non enim, quod iudicium defuncti ignorans (per nullum facti errorem fecus fi errore iuris, per *L.* 3. *fi quid in fr. patr.* Coftal. ad *d. L.* 8.) fecutus, fucceffionem inteftati repudiavit: *L.* 19. *verf. cæterum de inof. teft.* cum nemo ea quæ fibi competere nefcit, remittat *L.* 35. *de pact.* Fac. *L.* 97. *de acquir. her.* Wef. *in Par. h. t. n.* 8.

delata, post deinde quibus modis iure oportet, quæsita est.

VII. Defertur omnino iure hereditas [4] aut testamento eius de cuius bonis agitur, aut ab intestato. *§. ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Testamento non quovis, sed iusto, & eo quod iure comprobetur. Iustum testamentum est, quod ab initio iure factum, deinceps tale perseverat nullo postea casu infirmatum. Iure factum ab initio intelligitur, in quo res ad testamentum conficiendum necessariæ intervenientes ad normam & præscriptum iuris congruunt: persona testantis; testandi modus; & res internæ testamenti. Persona testantis: ut sit is, qui testamentum iure facere potuerit; omnes autem possunt, qui non prohibentur: qui prohibeantur, traditur *titu. Inst quib. non est permiss. fac. testamen.* Testandi modus; ut solemnia iuris intervenerint; de quibus *titu. Inst. de test. ord.* Res internæ testamenti, ut heres testamento instituatur, & si testator liberos habet, ut eos aut heredes instituat, aut si summotos esse vult, recte exheredet; quæ pars fere est illorum titulorum *Inst. de exher. lib.* & *de hered. instit.* Quod ita ab initio iure factum erit, sic perpetuo tale mansurum est, si nullo extrinsecus casu postea infirmetur. Infirmart autem solet ita, ut alias rumpatur, alias irritum fiat; qui modi exponuntur *titu. Inst. quib. mod. testam. infir.* Sit ergo testamentum aliquod eiusmodi, quod ab initio iure factum, eventu nec ruptum postea, nec irritum factum sit, id testamentum est, quod iustum vocamus. Iusto isto testamento defertur hereditas non quibuslibet, sed heredibus eo testamento institutis; si modo & hi institui iure potuerint, & ita sint instituti, ut oportet. Et defertur his mortuo testatore, si quidem pure, aut in diem instituti sint, statim: si sub conditione, tunc cum conditio exstiterit; quod proprie argumentum est *titu. de hered. inst. Instit. D. & C.*

VIII. Ab intestato defertur hereditas, cum is de cuius hereditate agitur, intestatus decessit. Intestatus dicitur, non solum qui testamentum non fecit, sed etiam qui fecit, sed aut ab initio non iure, aut quod iure fecerat, ruptum postea, irritumve factum est. *Instit. de heredit. quæ ab intest. defer.* in princip. Ab eo qui ita decessit, defertur hereditas non voluntate & iudicio privati cuiusquam, ut testamentariæ hereditates, sed lege sola. Unde per excellentiam quæ hereditas defertur ab intestato, dicitur legitima in usu iuris. *L. 3. §. illo, D. de pro soc. L. legitimam, D. de heredit. petit.* Recte legitima, quæ omni ex parte a lege est: cum testamentariæ hereditates sint quidem & ipsæ ex parte a lege, quæ illas confirmat: sed ita ut maxima & præcipua ex parte proficiscantur a iudicio testatoris, qui heredes instituit. *L. lege, D. de verbor. signif.* Defertur a lege intestati hereditas sanguine coniunctis suo cuique ordine; liberis primum; deinde parentibus, tum reliquis cognatis, ut quisque defuncto proximus est gradu: de quo genere successionis agitur *libro tertio Instit.* sed ius totum ex emendatione Iustiniani diligenter comprehensum *Novel. de hered. ab intest. venient.* Alterutro ex his modis delata hereditas, etiam nunc acquisitionem heredis desiderat.

IX. Acquiritur autem pro conditione heredum varie; non nisi dupliciter tamen; alias ipso iure, alias voluntate heredis, cui delata est. Ipso iure, liberis suis heredibus, & servis necessariis heredibus a domino institutis. Voluntate heredis, extraneis heredibus, ut quisque hereditatem sibi delatam agnoverit vel adeundo, vel pro herede gerendo, dummodo & patrem-

fami-

4) Datur vero, ordine successivo primo testamentariis, deinde in eorum defectum legitimis per *L. 39. de acquir. her. & sim.* Wes. *h. t. C. n. 19. in Par. D. h. t. n. 9.* Quemadmodum vero in vindicatione speciali non necesse est adiicere caussam ac titulum domini, *infra Lib. 23. C. 4.* ita nec hic titulum hereditarium libello declarari opus, an scilicet ex testati, an intestati caussa petat, sed admittitur petitio universalis expressa caussa propinqua, Sich. *ad Rub. C. h. t. n. 4.* Alfons. Alvarez. *Speculo Pontif. Impp. &c. C. 70. n. 16.* & caussa remota, quo iure scilicet heres sit, in certaminis progressu per probationes patescit. Diss. Achil. Personal. *Tr. de Petit. hered. n. 550.* Sicuti autem in vindicatione præstat dominii titulum in libello assignari, ut deinde victus ex una caussa, litem redintegrare possit ex alia, vid. *infra Lib. 22. C. 5. n. 16. in fin.* ita hic consultius videtur exprimere, an ex testamento hereditas petatur, ne ad aliam caussam victus recurrere prohibeatur, aut saltem de eo ipsi fiat contentio. Hinc Myns. *in §. actionum 28. I. de act. n. 28.* consulit advocatis reorum ne urgeant ab actoribus expressionem tituli, ut videlicet litis redintegratio caveatur. Tametsi Personal. *d. loc. n. 552.* contra consular, ut actor interrogetur, quo iure heres sit, ut deliberare possit reus, cedere an contendere velit. Plane utramque hanc caussam per alternationem coniungi posse statuit Wes. *Par. h. t. n. 8.* ita: peto ex testamento si quod ratum est, sin minus, ab intestato &c. Competit & hæc omnibus, quibus ex statuto aliqua portio debetur, Wes. ad *h. tit. C. n. 9.* An & filio ratione legitimæ? Vid. laudatos *supra in not. C. 4. N. 45. vers. de quo & contra quos.* Et neccessaria est hæc actio, non ad dominium rerum aut ius heredis consequendum, sed ad possessionem adipiscendam, cum eam propria auctoritate, non nisi vacantem occupare liceret. Nec competit hæc, nisi de iis rebus, quarum possessionem necdum adeptus heres. Nam si semel antea apprehensum amisit, alia deinde actione speciali opus est. Gomez. in *L. Tauri 45. n. 264.* Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif. P. 7. Declar 4 n. 4.* Vult. in *§. actionum I. de act. n. 66 & n. 73.* Sneduin. *ibid. n. 59.* Azo *in Summa C. h. t. n. 7.* Wes. in *Par. h. t. n. 9.*

familias mortuum esse sciat, & se ei heredem esse: quæ summa est *tit. Inst. de hered. qual. & diff.*

X. Sic autem nobis acquiritur hereditas aut per nos, aut per alios. *L. 2. D. de her. pet.* Per nos; cum iis modis, quos diximus, delata nobis hereditate, eam ipsam ita quæsiimus, ut penes nos maneret; utpote liberos homines & nostri iuris constitutos. Per alios, cum aliis delata, & per eos quæsita ad nos pervenit. Eorum duo sunt genera: Unum eorum, qui sunt in potestate nostra, liberorum nostrorum & servorum. Alterum eorum, quibus successimus, cum prius alii heredes exstitissent. Per servos nostros heredes ab alio institutos quæsita hereditas nobis omnimodo acquiritur. *L. acquiritur, D. de acq. rer. dom.* Acquiritur & per liberos nostros quos in potestate habemus, sed ita, si nostri contemplatione heredes instituti sint, aut ut nobis hereditatem acquirerent, eam adierint; ut in quæstione de rebus per has personas nobis acquirendis docuimus. Per eos quibus successimus, acquiritur nobis hereditas eorum, quibus illi prius heredes exstiterunt. Utputa pater meus heres exstitit Titio, ego patri: videor & ipse Titii heres esse, & Titii hereditatem recte vindicabo. *L. 3. D. de her. pet.* Idque est, quod vetere regula iuris traditur, heredem heredis [5] heredem quoque esse testatoris, cui primus heres exstiterit: exstat regula in *L. ult. C. de her. inst.* Eandemque significationem habet, quod dicitur, heredis appellatione neque heredem tantum primum testatoris contineri, sed & heredem heredis, & deinceps ulteriores. *L. heredis appellatio, D. de verb. signif.* Hoc enim eo spectat, ut significetur non singulos istos eius cui proxime successerunt, heredes esse, sed omnes simul heredes esse eius, cui priores heredes exstiterint. Id autem efficitur hac ratione, quod patri meo eidemque Titii heredi succedens, ut nihil aliud, certe patris hereditatem totam obtineo. At in hereditate eius est, quidquid ille habuit, cum moritur. *L. hereditas, D. de reg. iur.* Habuit autem hereditatem Titii sibi prius aditione quæsitam. Quare & hanc necesse est una cum reliquis bonis paternis hereditario iure ad me pertinere.

XI. Hæc ut pro instituto breviter, & velut per indicem ostendisse sufficiat; quorum fusior tractatio non est huius loci, sed illius qnem ante dixi, in quo de acquisitione hereditatis: & rerum per universitatem acquirendarum agitur: quo ipso in loco de hoc genere quod satis esset, disseruimus. Inde harum rerum plenior cognitio sumenda, & ad hunc locum nobiscum afferenda est. Sed tamen definitio hic fuit attingenda, ut intelligeretur summatim, quid sit id, quod hac actione petitur. Cognitio definitionis eius duas ad res hic necessaria: ad petitionem ab initio prudenter instituendam, & ad institutam recte peragendam. Ad instituendam; quia hac cognitione instructi scire possumus, quæ hereditas sit nostra, quæ non sit, ne quid forte hic temere, quid nostrum non sit, petamus. Ad institutam peragendam; quia etiamsi sciamus hereditatem nostram esse, tamen in iudicio non sufficit nostram esse dicere, sed si negatur ab adversario, id expediri a nobis & probari debet, ut semper actori, & ei qui dicit, incumbit probatio. *L. 2. D. de prob. L. actor, C. eod.* Definitio autem superior nobis suggerit res ad eam probationem necessarias: eas dico, quas nobis proponere debeamus ad probandum: quibus positis & probatis efficiatur hereditatem nostram esse, id, de quo nunc quæritur. Neque vero hic aliter vincit actor, quam plene probata ea intentione. Adeoqne id verum est, ut qnidquid hic contra exceptum fuerit a possessore, quod si verum esset, infirmaretur actoris intentio, qualemcunque id quæstionem habeat, sive facilem, sive obscuram, & implicitam, de eo tamen prius disceptari & plene cognosci oporteat: ut fit in omnibus directis iudiciis, & quæ de re principali, non de possessione instituuntur. *L. iudices, C. de iud. L. 3. §. ibid. D. ad exhib.* In quo cum actori sæpe fit probatio difficilis, mora iudicii molesta, & ad res hereditarias obtinendas longior, idcirco iis heredibus qui has difficultates & molestias iudicii vitare volunt, & rerum hereditariarum possessionem celerius ad se transferre, consilium datur, ut ad possessionem, rerum avocandam utantur initio interdicto [6] Quorum bonorum: quod cum sit de momentanea possessione, maiores probationes non requi-

5) Etsi millesimus sit post alios Pruckman. *Vol. 1. Cons.* 2. *n* 514. vid. not. *supra Lib.* 7. *Cap.* 12. *N.* 10. add. Tiraq *de Retract convent.* §. 1. *Gl.* 6. *n.* 20. *& seq.*

6) Wes. *in Parat. Quor. bon. n.* 6. Menoch. *Adip. poss. Remed* 1. *n.* 5. *& n.* 96. In quibus differat hoc interdictum a petitione hereditatis, Gomez. in *LL. Tauri* 45. *n.* 167. Menoch. *d. Remed.* 1. *n.* 3. *& seqq.* adde Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 2. *n.* 505. *& seqq.* Achill. Personalis *Tr. Interdict. Quor. bon. n.* 451. *& seqq.* Matth. de Afflict. *Decis.* 14. & *in annot. ibi* Cæsar Ursil. Affine huic remedium *L. ult. C. de edict. D. Hadr. tol.* Sed 11. differentias recenset post alios Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *Q.* 6. *a n.* 45. *usque ad n.* 56. De quo remedio fusius Hubertin. Zabardus & Sebast. Sapia. *Tract. de Miss. in possess.*

requirit, & exceptiones quæ altiorem exceptionem habent, repudiat: exstat interdictum in *L.* 1. *D. quorum, bonorum.* De eo interdicto supra suo loco diximus. Tantum hoc meminisse oportebit, id interdictum competere non omnibus heredibus, sed iis quibus ex edicto 7 bonorum possessio a prætore data erit, & ut nunc ius est, qui bonorum possessionem apud quemlibet magistratum agnoverint. *L. ult. C. qui adm. ad bon. poss.*

XII. Ad petitionem hereditatis recte instituendam secundus locus est, in quo quæritur, adversus quem ea competat, ne adversus alium agentes frustra agamus. Et ut ab actore certa caussa est, quæ illi ex persona sua tribuat actionem: sic a reo sua item caussa, quæ illum subiiciat huic petitioni. Actori actionem tribuit ius suum, & hereditatis velut dominium. *L.* 1. §. 1. *D. si pars hered. pet.* Adversus eum, cum quo agitur, actionem dat rei de qua agitur possessio, sed huius actionis propria, quæ esse solent caussæ omnium in rem actionum. Competit ergo hereditatis petitio adversus eum, qui rem aliquam hereditariam unam vel plures pro herede, prove possessore possidet; eaque illius hac actione tenendi caussa est: exstat definitio in *L. regulariter*, *D. de hered. pet.* Continet hæc caussa tria, totidemque exigit, ut quis teneatur hereditatis petitione. Unum commune omnium actionum in rem; ut is possideat: duo propria huius petitionis, ut possideat rem aliquam hereditariam, & ut possideat pro herede, prove possessore.

XIII. Primum ut possideat; quod est, ut dixi, omnium in rem actionum commune. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Ideo & in commune hoc loco a me exponetur. Possidere proprie is dicitur in usu iuris, qui animo & affectu domini rem tenet, unde qui alio animo tenent, etiamsi maxime iusta de caussa sint in possessione, aut rem apud se habeant, possidere non dicuntur, ut fructuarius, colonus, inquilinus, commodatarius, depositarius. §. *item placet*, ubi & Theophili in eam sententiam definitio est. *Instit. per quas person. nob. acquir. L. sciendum*, *D. qui satisf. cog.* §. *possidere*, *Inst. de interd. L. rei commodatæ*, *D. com.* Sed sententia & ratione iuris fit, ut multo plures alii hoc verbo contineantur, non in hac actione tantum, sed generaliter in omnibus, quibus locum facit adversarii possessio. Hinc eorum, qui tanquam possessores teneantur, duo genera sunt summa, singula divisa in species duas: quas si in unum colligas, efficiuntur numero quatuor. Unum genus est eorum, qui vere rem tenent, quocunque affectu teneant. Alterum eorum, qui cum neque possideant, neque teneant, tamen iuris interpretatione pro possessoribus habentur.

XIV. Eorum qui tenent, species duæ: qui vere possident; & qui non possidentes, tenent tamen naturaliter, habentque rei restituendæ facultatem. Eos qui vere possident rem hereditariam, teneri petitione hereditatis non dubitatur. Nam hi soli sunt, qui proprie possidere dicuntur, *d. L. regulariter*, *D. de heredit. pet.* qualis est is, qui possidet pro herede, dum se heredem putat: qualis etiam prædo, qui quanvis se dominum non esse sciat, tamen pro domino se gerit, & affectu dominantis rem tenet: nam & hic isto affectu vere possidet, licet, iniuste: quia in summa possessionis nihil interest, iuste quis, an iniuste possideat. *L.* 3. §. *ex contrario*, *D. de acqu. poss.* Sed non minus teneri placet etiam eos, qui non possidentes, id est, affectu domini rem non tenentes, tenent tamen naturaliter seu corporaliter, & habent rei restituendæ facultatem, ut sunt filiifamilias, qui tanquam heredes facti hereditate patri quæsita, nihilominus res hereditarias tenent: ut si quis est, cui res hereditaria commodata sit, aut apud quem deposita. *L. si a domino*, 36. §. 1. *D. de her. pet.* Quod & ipsum servari in rei vindicatione traditur in *L. officium*, *D. de rei vind.* Receptum hoc non utique ex proprietate verbi, cum isti vere non possideant; sed ex legis sententia actionem adversus possessorem constituentis. Non enim simpliciter constituit, sed ad hoc, ut qui possidet, rem restituat petitori. At tam potest restituere is, qui tenet, quam qui vere possidet. Esto igitur eadem ratione & adversus eum qui rem tenet, eadem actio, ut quod tenet, restituat. Idque eo magis ex sententia legis dicendum est, quod plus iuris habet in re, qui vere possidet, quam qui tenet dumtaxat. Quo fieri apparet, ut si eum lex teneri vult ad rem restituendam, qui plus iuris habuit, tantum ideo quia rem restituere potuit; multo magis velit

7) Sed Wes. in *Par. C. h. t. n.* 7. utile hoc interdictum heredi civili competere. Quæ receptior opinio Menoch. *Remed.* 1. *Adipisc. n.* 33. *& seqq.* quia sicuti hereditatis petitio, qua civilis directa datur heredi solo; utilis etiam successori prætorio: ita interdictum quod iuris prætorii, ex verbis & mente datur bonorum possessori; ex mente vero sola heredi civili.

velit ad eamdem restitutionem teneri eum, qui minus habuit iuris, si etiam is habuit rei restituendæ facultatem. Sane si quis tenet alieno nomine non quasi heres, aut quasi sibi possidens, ita tenetur petitione hereditatis, ut placeat absentis nomine ab eo petendam hereditatem: ipsius vero nequaquam. *L. nec ullam*, *§. si quis absentis*.

XV. Sunt, ut dixi, qui cum re vera neque rem possideant, neque teneant natura, tamen iuris interpretatione possessores sint, quia iure pro possessoribus habeantur. Eorum item duæ species: is qui se liti obtulit, & qui dolo desiit possidere. Qui se liti obtulit, quanvis neque possideat, neque dolo possidere desierit, non solum petitione hereditatis tenetur tanquam possessor, sed & aliis omnibus in rem actionibus specialibus. *L. nec ullam*, *§. penult. L. qui se litis*, *D. de hered. pet. L. is qui se*. *D. de rei vindicat.* Obtulisse se liti intelligitur, qui cum non possideret, ultro se possidere apud petitorem professus est, & hoc nomine se liti & defensioni suscipiendæ obtulit. *L. is qui se*. *L. sin autem*, in princ. *D. de rei vind.* Sciendum tamen, enim qui se liti hoc modo obtulit, non statim ut possessorem teneri, sed hac conditione omnino, si modo actorem eo mendacio deceperit: quemadmodum constanter declaratur in *d. L. qui se liti*, *de her. pet.* & *d. L. is qui se*, *de rei vindic.* ut appareat in hac quoque specie unam istius offerentis tenendi caussam esse dolum eius, qui dolus & ipse ex regula perpetua iuris in hac caussa pro possessore habeatur. *L. qui dolo*, *D. de regn. iuris*. Sic autem quis se liti offerendo actorem decipere existimatur, si duo hæc concurrant, puta & ipse qui se obtulit, iudicium acceperit, & actor ab initio litis ignorarit eum non possidere. Et ideo si quis cum ante iudicium acceptum liti futuræ tanquam possessor se obtulisset, idem etiam postea ante idem iudicium acceptum se possidere neget, placet eum non teneri; vel hoc nomine maxime, qnod *non decipiat actorem*, inquit Ulpianus, *qui se negat possidere*, *cum vere non possideret*. Quamquam & ille hanc rationem adiicit; quod non videatur se liti obtulisse, qui discessit ab ea oblatione. Recte: hic enim antea futuræ liti se obtulit: at non præsenti, quæ per litis contestationem constituitur; quæ sola lis proprie dicitur: hoc Ulpianus in *d. L. is qui se*, circa fin. *D. de rei vind.* Quod tamen ita temperandum est ex *L. sin autem*, seq. in princ. *eod. tit.* nisi cum actor a Titio vero possessore petere vellet, aliquis dixerit se possidere, & ita liti se obtulerit, ut actionem a Titio averteret. Eum qui id fecit, quanvis ante litem contestatam neget se possidere, placet nihilominus teneri, & omnimodo condemnandum. *d. L. sin autem*. Merito: quia & hic decepit actorem, cui opportunitatem cum Titio agendi ademit, mentiendo se possessorem, & se ut talem liti offerendo. Sed etsi is qui se liti futuræ obtulerat, in ea oblatione perseverans litem sit contestatus, aut etiam ante litem contestatam dixerit se possidere, cum petitor adversus verum possessorem acturus esset, tamen placuit eum absolvendum esse, si probaverit actorem ab initio scivisse eum non possidere. *d. L. qui se liti*, *de her. pet.* Et hoc rursum ideo, quia tum non decipitur petitor. Qui enim ei qui se possidere dicit, mentienti cum eum mentiri sciret, simulat se credere, & eum tanquam possessorem sequitur, is non ab alio, sed a se decipitur, ut est ratio ad hanc partem accommodata in *L. non si*, *D. de rei vind.*

XVI. Maxime autem tanquam possessor tenetur, non in petitione hereditatis tantum, sed & in rei vindicatione, & generaliter in actionibus omnibus, quibus possessio adversarii locum facit, quisquis est, qui dolo [8] desiit possidere: traditum de petitione hereditatis in *L. nec ullam*, *§. pen. L. sed etsi lege*, *§. perinde*, *D. de her. pet.* de rei vindicatione in *L. qui petitorio*, in pr. *D. de rei vind.* & ne in his generibus consistamus, generaliter regulis iuris comprehensum est, parem esse caussam eius qui possidet, & eius cuius dolo factum est, quominus possideret: item, qui dolo desierit possidere, pro possessore damnari: quia pro possessore dolus est. *L. parem*, *L. qui dolo*.

XVII. Unde eveniet, ut si postquam unus dolo fecit, quominns possideret, alius possessionem occuparit, hic iam duo incl-

8) *L. 2. §. pen. Ne quid in loc. pub. C. pro possessore* 36 *de R. I.* in 6. Menoch. *Remed. 1. Adipisc. poss. n.* 63. *& 2. seqq.* Vult. ad *L. 1. C. ubi in rem agi n.* 35. Fingitur enim possidere ad hunc effectum, ut contra ipsum agi possit. Et ita iuris interpretatione possessor est ratione incommodorum, ut sententia contra eum ferri queat: non autem quoad commoda possessionis: non utique ratione usucapionis. Dyn. in *d. C.* 36, *n.* 3. Phil. Matth, in *L.* 23. *de R. I. n.* 49. Atque hoc generale; nec recte Iason id restringit ad dolum commissum post litem contestatam, quem refellit Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 17. Hæc vero actio non directa, sed utilis, Menoch. *d. loc. n.* 66. Alfons. Alvarez. in *Speculo Pontif. Imper. Regum &c. n.* 22. quia non vere possidet hic, ut ex verbis Senatusconsulti teneator, sed possidere fingitur, Treutler. *Vol.* 1. *Disp.* 14. *Th.* 16. *lit. A.* add *not. infra Lib.* 10. C. 3. N. 4.

incipiant teneri; prior, quia dolo desiit possidere; posterior, quia vere possidet. *L. sed etsi lege*, *§. perinde*, *D. de her. pet.* Hinc quæsitum, num ita isti teneantur ambo, ut petitor simul ab utroque possit exigere: a possessore rem, ab altero litis æstimationem: an vero uno satisfaciente alter liberetur. Diceret statim aliquis motus regula iuris, confestim alterum liberari; quia regula iuris ita sit: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*, *L.* bona fides *non patitur*, *D. de reg. iur.* Sed hoc non placuit. De quo hæc distinctio iuris recepta est, ut multum intersit, utrum prius actum sit cum possessore, an prius cum eo, qui dolo desierat possidere. Si prius cum possessore, & is rem petitam restitueret, aut pro re sustinuerit litis æstimationem, placet hoc casu liberari eum; qui dolo possidere desierat. Sin cum hoc actum sit prius, placet nihilominus adhuc teneri eum qui possidet, ut sic petitor a priore litis æstimationem consecutus, nihilominus a possessore possit rem petere, quam ab illo consequatur, aut pro re aliam litis æstimationem. Extat distinctio in hanc sententiam in *L. nec ullam*, *§. pen.* in fin. *D. de her. pet.* apertius in *L. Stichum*, *§. dolo*, *D. de sol.* Prior pars distinctionis citra controversiam vera est. Non enim solum congruit cum regula iuris superiore, quæ vetuit bis idem exigi; sed etiam hanc non levem rationem habet, quæ redditur in *d. §. dolo*; quod cum petitor rem cuius nomine agebatur, a possessore consecutus est, aut pro re æstimationem, nihil amplius eius interest, utpote adepti iam, quod solum principaliter persequebatur. Valetque usque eo hæc ratio, ut quanvis possessor rem nondum restituerit, aut paratus sit restituere, sed tantum avertendi ab eo qui dolo rem amiserat, iudicii caussa, paratus sit ipse 9 iudicium pati, placeat tamen sic quoque eum qui possidere desiit, non teneri: tantum ideo, quia nihil petitoris intersit agere cum alio de re sibi restituenda, cum habeat ipsum possessorem paratum eam rem restituere, si iudicio pronuntiatum sit, hanc petitori restitui debere: nisi forte ob alias caussas petitoris intersit non agere cum tali possessore, vel quia non sit solvendo, vel quia sit potentior, quam ut petitor ille par esse possit: quæ sententia est. *d. L. nec ullam*, *§. pen. de her. pet.* Posterior pars distinctionis, ut a prioris partis æquitate, & a regula iuris superiore, ut videtur, recedens, incidit non solum in dubitationem, sed etiam in varias reprehensiones: quæ breviter diluendæ sunt. Negamus igitur, si prius actum sit cum eo qui possidere desierat, possessorem liberari.

XVIII. Primum hic statim opponitur superius membrum distinctionis: quo posito videtur hoc posterius non tantum inique constitui a veteribus, sed etiam absurde. Quid enim, dicet aliquis, an si possessor de re satisfaciens petitori, liberat eum qui dolum admiserat in re amittenda, non multo æquius est solvente eo, qui dolo possidere desierat, liberari possessorem, qui dolo caret? Nunc horum utrumque contra veteres in hac distinctione statuunt. Nam unius præstatione, eum qui dolo versatus est, liberant; eum qui dolo caret, non liberant. An non igitur & inique, & absurde? Respondeo: nihil hic neque iniqui, neque absurdi: dicuntur enim ista rectissime propriis rationibus. Possessor rem aut litis æstimationem præstando liberat eum, qui dolo possidere desierat; non quia nomine eius solverit; solvit enim suo: sed quia rem petitam restituendo, aut pro ea litis æstimationem præstando, adimit petitori omnem actionem, quam prius eius rei nomine habuit: fuit enim illi una actio de re ab alio possessa, ut ea sibi restitueretur. Nunc a possessore illi restituta est, quam consecutus habet, quod petebat, nec quidquam amplius eius interest. Definit igitur ullam amplius eius rei nomine actionem habere: qua actione sublata, nihil habet, quo experiatur cum eo qui dolo desierat possidere. Non enim actionem ex persona possessoris, sed ex iure petitoris æstimamus. *L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.* Dignus quidem fuit is qui dolo rem amisit, ut teneretur, si quidem esset, cui teneri posset. At iam teneri non potest ei qui eius rei nomine quam iam consecutus est, actionem habere desiit. Contraria de caussa efficitur, ut eo qui dolo possidere desierat, litis æstimationem præstante, non liberetur qui possidet. Nam ad huius liberationem alterutrum necesse erat, ut aut ille solveret possessoris nomine, aut sua præstatione petitori actionem de re restituenda adimeret. At is condemnatus suo nomine, etiam suo nomine litis æstimationem præstitit, & doli sui sustinuit pœnam. Quod reliquum erat, ne actionem quidem petitori de re competentem ea præstatione sustulit. Nam, ut dixi

9) Ubi audiri ideo, quia cuilibet est potestas alium defendendi in iudicio præstita cautione; *L.* 33. §. 2. & 3. *de proc.* vult. Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 18.

dixi, actio illi erat de re ab alio possessa, ut ei restitueretur. Atqui eadem res adhuc possidetur ab eo, a quo prius. Non mirum igitur, si etiam nunc post superiorem præstationem integra petitori manet adversus eumdem possessorem eadem actio. Ita hactenus istorum præstationes ad alterius liberationem recte distinguuntur.

XIX. Secundo loco opponitur superior regula iuris, quæ negat bonam fidem pati, ut bis idem exigatur. Sed regula ad hanc speciem nihil pertinet. Qui enim prius consecutus est litis æstimationem ab eo, qui dolo possidere desierat, si rem postea petat a possessore, apparet, eum non idem petere quod prius consecutus erat, sed aliud. Nam nec prius litis æstimationem pro re possessa, sed propter dolum adversarii tanquam huius doli [10] pœnam consecutus fuerat.

XX. Tertio obiicitur *L. de illo*, iuncta *L. electio*, in pr. *D. de nox. act.* ubi si dominus servum qui noxam nocuerat, dolo malo alienarit, non minus in hac specie placet utrumque noxali actione teneri, & qui eum servum nunc possidet, & qui prius desierat dolo malo possidere. Et tamen adiicitur, si cum uno ex his agi cœperit, unius electione alterum liberari. Sed ne nos exemplum noxalis actionis hic moveat. Est enim de hac istorum duorum ab uno liberatione in actione noxali ius singulare a prætore constitutum, quod ad nullas alias actiones, sive in rem sint, sive in personam, pertinet. Quoniam enim prætor constituebat actionem noxalem non solum adversus possessorem servi, sed etiam adversus eum, qui desierat servum dolo malo possidere, quod posterius erat quodammodo contra naturam eius actionis, quæ caput sequitur; visum est illi hanc actionem adversus duos istos ita constituere, ut hanc potestatem adversus utrumque agendi temperaret. Sic ergo temperavit, ut vellet unius electione alterum liberari. Id enim ita a prætore introductum esse diserte scribitur in *d. L. electio*. In quo non tantum illud singulare est, quod constituit, ut alienatoris domini præstatione liberaretur possessor servi, quod est præter exemplum actionum in rem; sed illud magis, quod constituit, non ut unius præstatione liberaretur alter, sed unius electione [11] sola, quanvis is solvendo non esset. Quod certe constat non tantum contra naturam actionum in rem, sed etiam contra naturam omnium actionum in personam constitutum. Est enim certissima iuris sententia, cum duo eiusdem rei nomine in solidum tenentur, non ideo liberari alterum, quia cum altero agatur, non enim electione unius, sed solutione alterum liberari. *L. 1. §. si apud duos*, *D. dep L. si ex toto*, 8. §. 1. *D. de leg.* 1. Et tamen si hoc ipsum in noxali actione non constitutum a prætore, sed a veteribus responsum esset, eo qui dolo servum possidere desiisset, noxam servi nomine luente, possessorem servi liberari; nihil hic diceretur ei loco, quem tractamus, contrarium. Agimus enim de actione in rem, quo genere actionis aliud præstatur ab eo, qui dolo desiit possidere, aliud a novo possessore petitur: ab illo litis æstimatio, ab hoc res possessa: ut non sit mirum, si unius rei præstatione alterius rei actio non tollatur. At in actione noxali quicunque hac actione tenentur, sive possessor servi, sive qui servum dolo possidere desiit, omnes tenentur ex uno maleficio servi, & tenentur unius rei nomine, nempe eius pecuniæ, quanta ob maleficium debetur. Eo fit, ut unus solvens alterum liberet, ut est in *L. qui servum*, *D. de interrog. in iur. faci.* Et merito liberentur; solutum est enim, quod debebatur; ac solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Idque ita de unius ex duobus eiusdem obligationis reis solutione constanter ubique traditum legimus. *L. 2. D. de duob. reis*, *§. huiuscemodi. Inst. eod. L. 8. §. 1. D. de leg. 1. d. L. 1. §. si apud duos*, *D. depo.*

XXI. Postremo obiicitur *L. illicite*, *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt*. Ubi proponitur tutor prædium pupilli quod iure tutelæ tenebat, vendidisse sine decreto, atque ita dolo malo desiisse tenere. Cumque tutor eo nomine conventus litis æstimationem solvisset, respondetur vindicationem prædii inhiberi: quod nihil aliud est, quam possessorem prædii ea solutione liberatum iam amplius vindicatione non teneri. Sed & hæc species multum distat ab ea quam tractamus, sive solventem spectemus, sive eum qui possidet. In specie *L. illicite*. Is qui præstat litis æstimationem, est tutor. Is ita tenetur pupillo eo nomine, ut vicissim ei obli-

10) Ita Briss. *Lib. 2. de Solut. pag.* 352. Doli pœna præstita ab eo, qui dolo possessionem amisit. In pœnalibus autem unius solutio alterum non liberat, sed sui quisque delicti pœnam suffert, add. Cuiac. ad *L. 14. sub fin. quod met. ca.* Pac. 3. *Enant.* Q. 41.

11) Suerin. *Rer. Lect.* C. 18. Non expectatur, ait, ut solverit qui prius convenitur: sed ut iudicium tantum acceptum sit. Forsan inde quod non ita gravis dolus eius qui rem suam alienavit. Neque in noxali de re sua ablata repetenda agitur, sed ad noxam reparandam, quæ res tanti momenti non videtur.

obligetur pupillus, ut probet eius factum, aut cum illo ne agat. *L. cum quæritur*, *D. de admin. tut.* Agimus hic de ea specie, in qua qui dolo desiit possidere, ita tenetur, ut quanvis præstet litis æstimationem, nihilo tamen magis ei obligetur petitor, ut factum eius probet. *is qui dolo*, *D. de rei vin.* Hoc amplius in specie *L. illicite.* qui possidet, emptor est, qui rem dolo tutoris amissam emit a tutore. Hic autem quod dicimus, eo qui dolo possidere desierat solvente, possessorem non liberari: ita temperandum est, ut de omni possessore dictum intelligatur, nisi qui a priore illo emit. Quod si emit, dicemus idem, quod in eo qui a tutore emit; venditore nimirum litis æstimationem præstante, quisquis is venditor fuerit, & quanvis dolo rem alienarit, etiam adversus emptorem eius actionem inhiberi, non tantum [12] petitionem hereditatis, sed & rei vindicationem. Priorem quidem cessare constat; quia qui emit, neque pro herede neque pro possessore possidet, adversus quos solum hereditatis petitio competit. Sed nec magis adversus emptorem vindicatio dabitur: quia emptor omnibus defensionibus venditoris uti potest. *L. emptori*, *C. de evict.* Inter quas est hæc, ne iterum eisdem rei nomine conveniatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Convenitur autem, si agitur cum emptore; quia is condemnatus regressum habet adversus venditorem: idque ita significatur in *L. quoties*, in princ. *D. si fam. fur. fec. dicat. L. qui servum*, *D. de inter. in iur. fac.* Hæc de possessione, quam exigimus in eo, cum quo petitione hereditatis agitur, in quo omnia sunt cum reliquis in rem actionibus communia.

XXII. Secundum exigimus proprium huius petitionis, ut possideat rem aliquam hereditariam. *d. L. regulariter*. Quod duo significantur. Primum si quis rem nullam hereditariam possideat, quantumvis se heredem dicat, & gerat pro herede, tamen eum petitione hereditatis [13] non teneri. Et recte: etsi enim qui ita se gerit, videtur animo amplexus esse hereditatis possessionem (& finge eum agnovisse bonorum possessionem apud magistratum) tamen non simpliciter hereditatis petitio proposita est ad contendendum de iure hereditatis inter aliquos, sed hoc amplius ad obtinendum, ut si quid ex ea hereditate possidetur ab alio, id agenti, eidemque vero heredi restituatur: qui finis est huius petitionis & omnium in rem actionum. Iam vero hereditatis ius, si per se solum spectetur, non est eiusmodi, ut possit restitui. Est enim hereditas res non natura, sed iure consistens, quæ nec cernitur, nec tangitur; animo tantum & intelligentia concipitur, neque id solum, sed etiam eiusmodi, quæ neque haberi potest ab eo, qui heres non est, neque ei qui vere heres sit, præstari, quia iam satis suo iure hereditatem obtineat: ut proinde nihil sit in hoc iure, quod possit restitui. Si quid est, quod restitui possit in hæreditate, solæ sunt res hæreditariæ singulæ, quæ ut teneri ab alio, & vero heredi auferri possunt, ita possunt a possessore restitui heredi. Quo fit, ut hæ solæ peti possint ad restitutionem, non ipsa hereditas, ubi quis solum sine ulla rerum hereditariarum possessione gerat se pro herede. Quid ergo, hæ hac petitione peti possunt? Et hoc alterum est, quod non tam indicatur superioribus verbis, quam exprimitur, posse, non tantum si quis universas res hereditarias possideat, sed etiam si unam aliquam licet minimam. *L. regulariter*, *L. licet*, *D. de her. pet.* Sed an non huic parti adversatur definitio actionum in rem? Sic enim est in rem actio, ut dicatur semper competere adversus rei petitæ possessorem. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Neque hoc solum in actionibus in rem specialibus receptum est, sed etiam in petitione hereditatis: in qua & ipsa dicitur ab eo peti & vindicari hereditas, a quo ea possidetur. In *L. 2. C. de pet. her. L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.* Atqui petitione hereditatis hereditas petitur, neque res hereditariæ, præsertim corporales, sunt hereditas. *Inst. de reb. cor. & incor.* Quo effici videtur non posse peti hac actione res hereditarias. Sed non sane id efficitur. Quippe

12) Verum quidem hoc ubi titulus iustus, etsi post mortem defuncti ab eo, contra quem petitio hæc tenuit, modo non lite pendente quæsitus, ut *infra N.* 20. Sed in *d. L.* 10. titulus empti est iniustus, emptione ipso iure invalida. Aptior itaque solutio prior. Et faciunt verba *d. L.* 10. ex *æquitate*, quæ convincunt aliud esse summo iure, sed non ita aspere eo pupillum uti debere, Cuiac. ad *L.* 14. *in fin. D. quod met. ca.*

13) Diff. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 166. *fol.* 366. volens, quod etsi reus nihil possideat, si tamen contendat se heredem esse, efficax sit actio, cuius vis: ut iudex sententia sua pronunciet heredem, adversarioque silentium perpetuum imponat. Effectus item ut si postea quandocunque reus reperiatur possidere, sententia exsecutioni mandetur via summaria, prius implorato iudicis officio. Hoc probari putat *L.* 18. §. 1. *h. t.* Sic quoque in *L.* 9. *h. t.* exponit verba; *Qui ius possidet*, id est qui dicit se heredem & pro tali reputatur. Quæ vix probanda: Nam ibi dicitur, vel ius possideri pro herede, vel res scilicet corporalis. Atqui & qui rem corporalem pro herede tenet necesse est, se dicat heredem. Ergo ius ibi significat rem incorporalem ut *L.* 13. §. *ult. L.* 34. *in fin. L.* 35. *h. t.*

pe hac actione petitur hereditas, sed non sola. Petuntur hac actione eodem tempore & hereditas, & si quid est rerum hereditariarum, quod ab alio possidetur. Hereditas quidem principaliter; cum hoc primum intendat heres hereditatem suam esse, & petat id ita esse pronuntiari, unde & omnis reliqua eius petitio de rerum restitutione pendet. Sed hoc iure posito, per consequentiam veniunt & res hereditariæ singulæ, quas heres recte petat suo, idest, hereditario iure. Nam si heres est, etiam ad ius eius pertinent res omnes hereditariæ: quo iure etiam illæ nunc petuntur: efficiturque eodem iure, ut non hereditariæ solum universæ ab aliquo peti possint, si quis forte universa bona occuparit; sed etiam singulæ, si quis vel unam licet minimam possideat. *d. L. regulariter, L. licet, de her. pet.* At certe ille scrupulus adhuc hic restabit. Nam cum fateamur a possessore, cum quo hac petitione agitur, non peti solum res hereditarias, sed etiam hereditatem, eamque etiam principaliter: consequens est hic quoque superioribus utrumque pariter possideri debere ab eo, eum quo agitur: ut sit adversus eum in rem actio, tanquam adversus utriusque rei petitæ possessorem. Et ne nos hæc obiectio perplexos habeat, cum horum utrumque fieri debere admiserimus; ne dubitemus etiam in eo, adversus quem hæc actio competit, utriusque rei possessionem admittere. Non enim simpliciter datur petitio hereditatis adversus eum qui rem hereditariam possidet; sed adiicitur conditio de qua mox, dum possideat pro herede, prove possessore. Res autem sic habet, ut qui unam rem minimam pro herede possidet, is animo 14 hereditatem totam sibi tribuat: dicit enim se heredem esse idest, non huius aut illius rei, sed universi iuris successorem. Nec dissimilis affectus & possessio est eius qui pro possessore possidet. Sed id tum intelligetur melius, eum cognoverimus quid sit pro possessore possidere: ac tum etiam in ea parte hæc ratio a me exponetur. Ita plane iam intelligimus utrumque illud recte dici: neque hac petitione cum eo agi posse, qui hereditarium nihil possideat, quanvis se pro herede gerat, quod nihil sit quod restituat; & contra si quis quid hereditarium vel minimum possideat, eum etiam ut possessorem hereditatis hac petitione teneri.

XXIII. Tertium in possessore exigimus, maxime præter cætera proprium huius petitionis, ut quidquid hic quis possidebit, possideat pro herede, prove possessore: scilicet ut quanvis hereditarium quid possideatur ab aliquo, nisi tamen istis titulis possideat, non teneatur hereditatis petitione. *d. L. regulariter*. Qui locus postulat, ut quatuor hæc explicemus. Primum, quis dicatur pro herede prove possessore possidere, & hoc quid sit. Secundum, cum in cæteris in rem actionibus, quæ speciales sunt, nullum non dico huiusmodi titulum, sed nec ullum alium quemlibet in possessore requiramus, ut adversus eum procedat actor; cur hunc titulum possessionis exigamus in petitione hereditatis præter actiones cæteras. Tertium, si hoc ratum est, hunc titulum hic exigi debere, unde & quomodo cognoscere possimus aliquem pro herede prove possessore possidere: quid enim si nolit titulum possessionis suæ dicere? Quartum & postremum, sit ne hoc perpetuum, non aliter quemquam petitione hereditatis teneri, quam si his titulis possideat.

XXIV. Ac primum illud constituamus de verbo, quid sit hoc pro herede, prove possessore possidere. Et pro herede possidere definitur Ulpiano is, qui possessionis suæ caussam dicens, hanc afferat, quod dicat se heredem esse, sive se esse putet, sive non esse non ignoret: hæc enim sententia est. *L. pro herede, D. de her. pet.* Sed adiiciendum est, qui se heredem dicit, cum non esset. Nam & qui vere heres est, & se talem putat, potest dicere se heredem; neque tamen is tenetur petitione hereditatis ullo modo. Etenim ei etiam non possidenti res hereditarias ultro competeret petitio hereditatis; quam vere heredi constitutam esse scimus. Proinde res ipsas possidenti, si ab alio petitione hereditatis conveniatur, multo magis retentionem rerum hereditariarum competere dixerimus. *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Cur ergo id adiectum non est in *d. L. pro herede?* quia ex contextu præcedentium satis intelligebatur. Nam de petitione hereditatis alicui constituenda hæc iuris verba sunt, petitionem hereditatis competere & ad quem hereditas quoque iure pertinet. Unde illa quæstio, quomodo hereditas ad nos pertineat: quæstio exposita in *L. 1. 2. 3. D. de her. pet.* Adiicitur deinde, competere adversus eum, qui quid hereditarium

14) Recte. Nam & hic universalis sit petitio oportet, licet executio fiat tantum in re unica possessa, Cacheran. *Decis.* 84. *n.* 5. Etsi aliter Gœd. ad *L.* 24. *de V. S. n.* 11. appellationem nimirum huic actioni esse non a re subiecta, quam actor persequitur; sed a caussa agendi, quia in hoc iure ac titulo fundata sit, sicuti & aliæ actiones, ex. gr. empti, locati, depositi, a iure agendi, non a re subiecta vel adiuncto nomina sortitæ.

tarium pro herede, prove possessore possidet. Hæc iam connectantur inter se, efficietur hæc collectio: si vero heredi hæc petitio datur, illum pro herede possidentem, adversus quem ea dicitur dari, heredem non esse; quoniam ex regula iuris, uni duo in solidum heredes esse non possunt. *L. quod contra*, §. 1. *D. de reg. iur.* Sit igitur hæc plena definitio, ut pro herede possidere hic intelligatur, qui cum heres [15] non sit, se tamen dicit heredem. Heredem non esse accipere debemus etiam eum, qui cum alioqui iure ipso sit heres, non sit tamen effectu: qualis est, cui tanquam indigno aufertur iure hereditas, quo ex genere cum sit is, qui testamento iure institutus heres tacitam fidem accommodavit, ut non capienti restitueret hereditatem: *L. ex facto*, §. *Iulius*, *D. de vulg. & pupil.* ideo & hunc prædonis loco esse traditur in *L. prædonis*, 46. *D. de her. pet.* quod valet, eum tanquam prædonem petitione hereditatis teneri: sic tamen ut heredem se dicens intelligatur possidere pro herede; etsi mala fide possidens habeatur pro prædone, ut paulo post dicetur. Sed & eum non esse heredem, eoque & quasi pro herede possideat, petitione hereditatis teneri intelligemus, qui cæteris in rebus vere heres, non sit in ea re, de qua agitur. Et ideo appellatione eius, qui pro herede possidet, intelligemus contineri hoc loco omnem, & adversus eum hanc petitionem dari, qui in usu iuris pro herede possidere dicitur, etsi dicitur non uno modo, idque dissimili admodum significatione. Sic autem dicitur quis possidere dupliciter. Uno modo is, qui alioqui vere heres, possidet rem aliquam non hereditariam tanquam hereditariam, puta rem alienam inventam casu in bonis defuncti. Quo sensu titulus pro herede verus & iustus titulus est: unde & hoc titulo heres rem alienam tanquam hereditariam recte usucapit. *L. pen. L. ult. D. pro her.* Altero modo plane e converso is, qui rem vere hereditariam possidet ipse non heres. Quomodo iam hic titulus possidenti ut non verus, ita nec iustus est: possidet enim pro herede is, quem verum non est esse heredem. Ideo placet nec quidquam hereditarium hoc titulo usucapi posse. *L. 1. L. ult. C. pro her.* Hæc, inquam, etsi in his verbis ambiguitas & significationis variatio est; dicimus tamen horum possessorum utrumque ut verbis & superiore definitione contineri, ita & petitione hereditatis teneri. De eo qui rem hereditariam possidet ipse non heres, nulla dubitatio est. Sed non minus verum est, eum teneri petitione hereditatis, qua cum vere heres sit, rem non hereditariam tanquam hereditariam [16] possidet. Nam qui cæteris in rebus heres est, in hac non hereditaria non est heres. Itaque si in hac se heredem dicit, necesse est, eo nomine petitione hereditatis teneatur ei, ad cuius hereditatem ea res pertinet. Et hoc plane est, quod Ulpianus sensit in *L. nec ullam*, §. *Neratius*, *de her. pet.* cum ita scribit; ab herede peti hereditatem posse, etiam si putavit eas res, quæ petitione hereditatis vindicabantur, ex ea hereditate esse, quæ sibi delata est. Cum ei delatam aliquam esse ait, verum heredem esse innuit. Cum ait putasse eum quasdam res esse ex ea hereditate, significat eas cum ex ea hereditate non essent, possessas tamen tanquam hereditarias. Et si hæ ex aliena hereditate sint, aperte dicit eas pro herede possideri. Notandum, quod initio posui, non solum dici pro herede possidere eum, qui dicens se heredem, etiam se talem putet; sed etiam qui se heredem non esse sciens, tamen se esse [17] mentiatur. *d. L. pro herede, de her. pet.* Cui contrarium videri potest, quod dicitur eum qui scit hereditatem ad se non pertinere, non solum malæ fidei possessorem esse, sed etiam quasi prædonem teneri. *L. sed etsi lege*, §. 1. §. *si ante*. *D. de her. pet.* Hoc enim si verum est, videbitur hic possidere pro possessore, quod prædoni tribuitur in *L. pro herede*, in fin. *D. eod.* proinde non pro herede, quando illa inter se distinguuntur. Sed aliud est illum, qui mala fide se heredem dicit, pro prædone haberi, seu pro eo qui pro possessore possideat, aliud pro possessore possidere. Iuris interpretatione pro prædone est, quia eadem pœna afficitur. Verbi significatione possidet pro herede, quia aliam caussam possessionis adfert, quam quod possideat, dum se heredem dicit. *L. qui interrogatus*, *D. her. pet.* Nunc autem in his verbis definitione explicandis de verborum significatione

ne

15) Putat tamen Cuiac. 4. *ad African. in L. 56. h. t.* duobus casibus dari adversus verum heredem, qui in *L. 32. h. t.* Si vel patronus præteritus agat de bonorum possessione hereditatis petitione, vel exheredatus de inofficioso. Sed nulla hic exceptio, vid. *supra h. Lib. C* 3. *N.* 7.

16) Vid. Modest. Pistor. *P.* 3. *Q.* 126. Sed non est verus heres eius cuius hereditas petitur.

17) Quod recte declarat Wes. *h. t. C. n.* 23. modo tamen caussam habeat, quam obtendere possit, quanvis commentitiam, ut si dicat se testamento scriptum, aut se proximum defuncto cognatum: item cum emit hereditatem a possessore mala fide. Non autem si nullam caussam afferre possit, rogatus unde ipsi titulus hereditarius, hic enim prædo *L.* 25. §. 3. *h. t.* add. Azo *in Summa C. h. t. n.* 1.

ne quærimus, non de re & pœna utrique indicta: de qua postea in effectu huius iudicii dicetur.

XXV. Pro possessore possidet prædo, inquit Ulpianus *d. L. pro herede*, in fin. id est, qui cum sciret bona ad se non pertinere, ea invasit. *L. sed etsi lege*, §. 1. §. *si ante. de her. pet.* Veruntamen non [18] simpliciter prædo, sed prædo, qui nullam possessionis caussam adferat, qui idem interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendat se heredem esse vel per mendacium *L. qui interrogatus. L. nec ullam*, in pr. *D. eod.* Unde & appellatio nata est. Recte enim dicitur pro possessore possidere, qui nullam aliam caussam possessionis reddat, quam ipsam possessionem. Non solum autem pro possessore possidere intelligendus est, qui nullam caussam possessionis dicat, sed etiam qui dicat eam, quam ex ipsa pronuntiatione dicentis apparet esse iniustam. Nam iniusta & ipsa iure nulla est. *L. non dubium. C. de legib.* Hoc illud est, quod Ulpianus scribit in *L. nec ullam*, §. 1. *eod.* omnibus etiam titulis, inquit, hic pro possessore hæret, & quasi iniunctus est. Omnibus titulis sic accipe, iniustis & iure inutilibus; quod idem exemplis postea subiectis declarat. Et certe qui iusto titulo rem hereditariam possidet, petitione hereditatis omnino non tenetur, ut mox amplius dicetur; nedum teneatur pro possessore, eoque & tanquam prædo. Titulos possessionis vocamus possidendi caussas. Sunt autem possidendi caussæ eædem quæ & acquirendi eius, quod nostrum non est: ut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, & similes. *L.* 3. §. *pen. D. de acq. poss.* quales commemorantur in *L.* 1. & aliquot sequentib. *D. de publ. in rem act.* indicantur *tit. pro emptore*, & titulis sequentib. *D* Hæ, inquam caussæ in usu iuris appellantur tituli possessionum. Ut in *L.* 1. *D. pro dote. L. nullo, C. de rei vind. L. hereditatem, C. in quib. cau. ces. lon. temp. præs.* Dicti tituli a tuendo, id est, intuendo & inspiciendo, quod ex caussa cuiusque possessionis, tanquam ex inscriptione quadam tituli licet intueri, cuius generis sit possessio, quæ huic caussæ subiicitur: sicuti ex titulis inscriptionum intelligimus subiectum argumentum. Ait ergo Ulpianus omnibus his titulis titulum pro possessore hærere, & adiunctum esse; significans ut ipse postea aliis verbis idem exprimit, hos omnes titulos recipere, & in se habere titulum pro possessore, ut qui eos sive titulos, sive caussas possessionis suæ alleget, intelligatur pro possessore possidere, atque ita teneatur petitione hereditatis. Sed [19] hoc, inquam ita, si appareat eos titulos iure nullos esse: quoniam, ut dixi, nihil interest, utrum quis nullam caussam dicat, an eam dicat, quæ iure nulla est. Exempla Ulpiani ad eam rem indicandam accommodata & subiecta postea, sic explicanda sunt. A furioso venditore nulla emptio est, quia furiosus nullum negotium gerere potest. *L. in negotiis, D. de reg. iur.* Ab uxore in maritum, a marito in uxorem profecta donatio nulla est: hæc enim inter maritum & uxorem iure civili improbatur. *L.* 1. 2. 3. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Ab impubere puella nulla dos est: quia cum ea matrimonium non consistit; §. 1. *Instit. de nupt.* fine matrimonio autem dos non est. *L.* 3. *D. de iur. dot.* Finge ergo aliquem possidere rem aliquam hereditariam, & possidere pro emptore, aut pro donato, aut pro dote, unamque ex his caussis & titulis possessionum dicere: sed emisse scientem a furioso, donatam accepisse ab uxore, dotis caussa accepisse ab impubere puella sibi iuncta. Dicemus eum ex omnibus his caussis pro possessore possidere: quia re ita proposita appareat caussas iure nullas esse. Sed si is est, quem diximus, qui pro possessore possidet, quæro illud, quod paulo ante attigeram, quomodo teneatur petitione hereditatis, qui neque se heredem dicit, neque ullam omni-

no

18) Verba Donelli hic ambigua videntur. Puto autem non hoc eum velle, quod non omnis prædo pro possessore possideat; sed quod non omnis qui sciens bona aliena tenet, prædo sit. Quippe omnis quidem prædo malæ fidei possessor est, sed non e converso: cum & qui titulum habet, sæpe mala fide possideat, prædo vero non sit *L.* 13. §. 8. *h. t. L.* 126. *R. I.* Ant. Faber. 26. *Err. Prag.* 9. *pag.* 50. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad Anton. Fabr. *Tract.* 28. *Q.* 6. qui & prædonis acceptionem quoque strictiorem esse sentit, quam possidentis pro possessore: ut qui titulum habet iure invalidum sciens, prædo non sit per *d. L.* 126. etsi pro possessore possideat *L.* 13. §. 1. *h. t.* Plane qui prædo non est quoad titulum, & in hac materia dicitur prædo quod apprehensionem possessionis iniustam. *L.* 5. *de acq. poss.* vid. *supra Lib.* 5. *C.* 18. *N.* 1.

19) Casp. Schifordeg. *d. Tract.* 28. *Q.* 7. addens quod sicuti titulus pro suo generalis omnibus veris & iustis hæret, ita hic omnibus vitiosis & iniustis. Sed hæc ita si titulum inutilem sciat, Cont. 1. *Disp.* 9. Requiritur enim ad hoc scientia & rei alienæ & simul iniustæ possessionis. Hoc enim est, quod in §. 3. *I. de interd.* vers. *pro possessore* &c. qui *nullo iure*, id est sine titulo iure probato sciens ad se non pertinere, & ita mala fide &c. vid Schifordeg. *d. Q.* 7. Quid si titulum nullum plane habeat, sed se habere putet? Si iusta errori caussa, quo casu ad usucapionem titulus putativus proficit, ut *supra Lib.* 5. C. 15. *N.* 2. utique & hic. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. *n.* 4. dissent. Achill. Personal. *Tr. de Petit. her. n.* 726. Recte ergo Cont. *d. C.* 9. pro possessore tenere qui nec titulum habet, nec se habere putat. Dissentit Schiford. *d. loc. Q.* 6.

no adfert caussam iustam possessionis suæ. Concessimus enim iam ante, nec caussa est, cur negemus petitionem hereditatis, ut & omnem in rem actionem, non competere nisi adversus rei petitæ possessorem. Iam vero qui sine caussa ita possidet, ut diximus, quomodo dici potest possidere hereditatem, ut sic tanquam ab eius possessore recte petatur hereditas? Non male ne hoc quidem. Omnino qui possessionis suæ nullam aliam specialem caussam dicit in rebus defuncti hereditariis tenendis, is vi ipsa satis significat se pro herede gerere, atque hoc animo res possidere. Nam cum duæ rationes sint res defuncti obtinendi, legatum, & ius successionis universæ, quisquis per occasionem mortis defuncti sine legato res defuncti occupat, hoc ipso se successionis iure occupare declarat: ut proinde pariter adversus horum utrumque tanquam hereditatis possessorem recte constituatur petitio hereditatis, & eum qui pro herede possidet, & eum qui pro possessore. Quod si adversus hos tantum hereditatis petitio competit, & definitiones superiores eæ sunt, quæ ostendant horum utrumque sine caussa possidere (nam & possidet sine caussa, qui pro herede possidet, cum non sit heres) nempe his definitionibus hæc iam summa efficitur, petitione hereditatis eum solum teneri, qui rem hereditariam sine caussa possidet. Cui & illud consequens est, si quis rem hereditariam pro empto, vel donato, vel alio titulo possideat, hunc petitione non teneri, sed rem ab eo speciali in rem actione vindicandam, quod & ipsum expressum est in *L. hereditatis, C. de pet. her.* & *L. hereditatem, C. in quib. cauf. ceff. lon. temp. præf.* Neque vero parum interest, utra harum actionum agatur: cum qui rem ut suam vindicat, se dominum rei probare debeat, quæ sæpe difficilis probatio est: qui autem hereditatem petit, satis habeat docere se heredem; quod prolato testamento, aut ab intestato probata cognatione non est difficile. Sed & de fructibus perceptis aliter tenetur, qui convenitur petitione hereditatis, aliter qui speciali in rem actione; de quo paulo post plura in ea quæstione quam hic quartam fecimus.

XXVI. Hoc posito, exoritur statim nobis sequens illa quæstio, quam posuimus secundo loco. Nam rei vindicatio, & similes speciales in rem actiones simpliciter adversus rei petitæ possessorem dantur, quibus & ille tenetur, quocunque titulo quanvis iustissimo ille possideat. *L. officium, D. de rei vind. L. unica. C. de alien. mut. iud. cauf. fac.* Cur ergo in petitione hereditatis, quæ & ipsa in rem actio est, possessionem quæ iustum titulum non habeat, exigimus; ab ea quæ titulum habeat, hanc petitionem summovemus præter exemplum cæterarum in rem actionum? Et ius petitoris maxime in his actionibus hanc dissimilitudinem facit. Nam in actione in rem speciali qui agit, dominus est, aut pro domino habetur; ut creditor in pignore prosequendo, emphyteuta in fundo emphyteutico, superficiarius in superficiariis ædibus. Semper autem æquum est domino rem suam restitui, quisquis hanc & quocunque titulo possidebit; idque ita ius est. *L. officium, D. de rei vind. L. 3. C. eod.* Quod cum ita sit, frustra quæramus, quo titulo reus possideat, cum quocumque possideat, semper æque rem domino suo, eidemque actori restituere debeat. In petitione autem hereditatis agit is, qui heres est, & hoc nomine quia heres est; nec rem ut suam petit, [20] sed ut hereditariam.

Porro

20) Recte. Et convenit ratio Bart. in *L. 7. Cod. hoc tit. n. 3. & 4.* Hac agens, inquit, fundat se solum ea titulo suo & possessione defuncti. At qui possidet, habet titulum pariter ipse & possessionem. Necesse autem est ius agentis potentius esse, quam conventi. At qui alium titulum singularem allegat, potentiori iure nititur, cum ad titulum illi accedat possessio, quæ facit ut ipse dominus præsumatur, donec contra probetur, Wes. ad *tit. C. de inoff. n. 46.* Zas. *in Par. D. h. t. n. 7.* Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 158. Sich. in *L. 2. Cod. hoc tit. n. 5.* Wurmser *Lib. 1. Tit. 26. Observ. 1. n. 4.* Alfons. Alvarez. *in Speculo Pontif. Impp. cas. C 70. n. 19. & 20.* Quin nec defunctus, cuius iure hic utitur, agens, potuisset auferre rem possessori aliter, quam rei vindicatione, Wes. *ad hoc tit. Cod. n.* 27. Et qui hanc rationem reiiciunt Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 5. Vital. 1. *Var. Lect.* 16. mentem DD. vix assecuti aut recte accepisse videntur. Posteriorem rationem confirmat Cuiac. 10 *Obs.* 1. Hereditarii, inquiens, nominis, iurisque controversiam non facit, nisi qui pro herede vel pro possessore possidet, & idem in *Lib.* 20. *Pauli ad edict. ad L.* 14. *h. t.* Borch *de Gradib. pag.* 671. Petitio, ait, hereditatis contra eos tantum, inter quos & actorem lis super hereditate constare potest. Huiusmodi sunt tituli & pro herede & pro possessore. Quia & reus hic sibi hereditatem asserit illo titulo quod heres ipse sit, hoc quod possederit. At inter heredem & possidentem pro emptore lis esse nequit super hereditate, si ille se heredem contendat, hic se emptorem. Myns. *Decad.* 2. Resp. 12. *n.* 9. Officium petitionis huius est tractare de iure hereditario. Qui allegat titulum singularem, consentit plane vel non contradicit afferenti se heredem. Natura autem rei vindicationis versatur in contentione dominii, & qui titulum prætendit, adversarium dominum esse negat, & Gilman. *Lib. 2. Decis. Cam.* 49. *n.* 3. Covar. *Pract. QQ. C.* 12. *n.* 2. Hæc ita obtinere statuunt in titulo vero & idoneo ad acquisitionem dominii. Nam eos qui ex caussa commodati depositi precarii, locati &c. quæ ad dominium nihil operantur, tenent, recte hac conveniri vult Zas. *in Par. h. tit. n.* 7. Gomez. *d. lo. n.* 16. Alfons. Alvarez. *d. n.* 20. Sed vid. Achil. Personal *Tr. de Petit. hered. n.* 753. Quid si titulus post mortem eius cuius hereditas petitur quæsitus? Actionem hanc admittunt plures Catellian. Cotta *in Memoral. v. hered. petitio,* Matth. de Afflict. *Decis.* 228. Cacheran *Decis.* 56. *n.* 4. Menoch. *Remed.* 1. *Adipisc. poss. n.* 62. Quod Gaspar. Ursill. *in annot.* ad Afflict. *d. loc. n.* 3. ita demum statuit, si quæsitus ab eo, qui conveniri ipse hac petitione potuit; secus si ab alio. Verum crebriori calculo alii etiam post mortem quæsito titulo hanc actionem

excu-

Porro non continuo qui heres est, idem & rei hereditariæ est dominus. Quid enim, si res hereditaria, quæ nunc petitur, fuerit olim commodata defuncto dum viveret, aut apud eum deposita, aut ab eo bona fide possessa, cum aliena esset? Hæ res mortuo eo apud quem fuerant, ex hereditate eius sunt; ideo & tanquam hereditariæ in petitionem hereditatis veniunt, ut postea exponetur in rebus huius actionis. Neque tamen res fuerunt defuncti: proinde nec eo mortuo fiunt heredis, qui in ius defuncti tantum succedens, eodem & ipse iure utitur. *L. qui in ius, D. de reg. iur.* Contra vero qui rem hereditariam iusto titulo possidet, puta pro empto, donato, legato, fieri potest, ut sit dominus illius rei prius commodatæ, aut depositæ, aut bona fide possessæ: ut propterea valde iniquum sit rem suam domino auferri, quam ipse non possideus ultro vindicare potuisset. Fieri quidem potest, ut & ipse possessor dominus non sit. Sed & hoc æque incertum, atque illud an heres sit dominus. Unde cum utrinque res sit dubia, atque hoc modo pro caussa utriusque litigatoris, incipit in hac re fieri locus regulæ iuris, ut in pari caussa potior sit caussa possidentis. *L. in pari, D. de reg. iur.* A quo igitur æquum est rem hereditariam possessam heredi hoc solo nomine, quod heres est, restitui? Nempe ab eo, qui rem sine caussa possidet; qualis est solum, qui possidet pro herede prove possessore. Nam heres hoc ipso, quod heres est, plus iuris habet in re hereditaria, quam is, qui eam rem sine caussa possidet. Nec absurde hæc quoque istius differentiæ ratio reddi potest, quod quæ res aliis actionibus petuntur, quibusvis titulis possideri possunt, ut non sit metus, ne propter possessoris titulum quemlibet non iure actio procedat adversus possessorem. Hereditas autem quæ nisi ab eius possessore non recte petitur, quovis titulo possideri non potest, sed his tantum, si quis tanquam heres possideat, aut per caussam mortis defuncti sine legato nactus sit possidendi actionem, quam pro possessore possidere dicimus. Sic fit, ut hereditatis petitio admittat hos duos solum titulos, quibus adversus possessorem hereditatis recte consistat.

XXVII. Sequitur igitur iam tertium, quod proposuimus, ut postquam non aliter petitio hereditatis datur adversus rei hereditariæ possessorem, quam si horum titulorum altero possideat, idque etiam sine offensione reliquarum actionum in rem recte comparatum est; quæramus, unde, & quomodo actor scire possit, possessorem istorum titulorum altero possidere, ne frustra hac actione experiatur. Et huius deprehendendi hæc ratio est, quam actor in hac re sibi præscribet. Cum constabit id quod primum est, aliquem rem hereditariam possidere, aut pro eius rei possessore haberi ad eum modum, quo ante ista descripsimus: conventus hac actione reus prius quam lis cum eo contestetur, interrogandus est in iure apud eius rei iudicem, qua ex caussa possideat. Eius responsum, id quod quærimus, expediet. Nam si dicit nihil referre actoris, ex qua caussa possideat, negatque ideo se ullam velle dicere: hoc ipso ostendit se pro possessore possidere, ut est definitio huius possessoris. Si se heredem dicit, declarat se possidere pro herede, ex huius quoque possessoris definitione. Quod si se iusto aliquo titulo proprio possidere dicat: interrogandus est, quo. Si neget se cogi titulum dicere, inducetur hoc loco quæstio, an sit cogendus. Res decisa in *L. cogi, C. de pet. her.* ut in actionibus quidem in rem specialibus nemo cogatur dicere titulum possessionis suæ: in petitione autem hereditatis, qua cum eo qui pro herede, prove possessore possidet, agitur, cogatur

horum

excludi, Hot. post alios *Conf.* 18. *n.* 13. *& seq. & n.* 20. Personal *d. lo. n.* 754. *& seqq.* Hubertin. Zuchart. *de Miss. in possess. n.* 465. *& seqq.* Fachinæ. 11. *Contr.* 4. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 163. Et probat Covar. *ex L.* 2. *in fin. Cod. hoc tit.* ita: Emptor hereditatis tenetur hac petitione, rerum vero singularum actione speciali *d. L.* 2. Atqui necesse est, ut ille titulus adeptus sit post mortem. Ergo si apta oppositio: *d. L.* 2. ponendum emptorem quoque singularem ibi post mortem comparasse: alias incongrua esset collatio tituli universalis post mortem, & singularis ante mortem comparati. Deinde emptor quoque hereditatis qui nec ante mortem decessoris fingi potest, tantum certis casibus tenetur ut *supra hic Cap.* 13. præterea rationes denegandæ huius actionis non cessant. Nam nec hic negat heredem esse petitorem, sed dominum. De dominio igitur utrius id sit inquirendum. Gomezius amplius *d. loc.* non exceptionem tantum hanc reprobat, sed nec regulam ipsam de alio intelligi posse sentit, quam qui titulum post mortem acquisivit. Quia petitio hereditatis, ait, non competit, nisi de rebus tempore mortis a defuncto possessis & in hereditate relictis. Quando igitur titulus ante mortem quæsitus, res plane indubia non dari petitionem hereditatis; nec quæstioni locus. Sed fallitur in eo Gomez. *ut not. infra Cap. seq. N.* 1. Sicuti nec concinna eius illatio ex *L. pen. Cod. in quib. ca. cess. bon. temp.* verbis: *res quæ ex hereditate sunt vel fuerunt*; Res, inquit, non dicerentur esse hereditatis, nisi titulum possessor post obitum defuncti nactus. Male. Dici enim potest res hereditatis ratione iuris vel dominii etsi non sit ratione possessionis. Vera tamen hæc communis sententia (etsi non his a Gomez adductis firmetur) etiam tunc cum titulus habetur ab eo, qui petitione hereditatis tenebatur, Covar. *d. Cap.* 12. *n.* 5. diss. Cacheran. *Decis.* 56. Ursil. ut *supra* nisi lite pendente ab eo quæsitus, Covar *ibid.* Busius ad *L.* 9. *& seqq. hoc tit. n.* 3. Achil. Personal. *d. Tract. n.* 765. Gomez. *d. loc. n.* 159. ubi aliud statuit si a vero domino quis eum adeptus sit, etsi post litem contestatam: vid. tamen Zuchart. minutatim hic distinguens *Tr. de miss. in possess. n.* 470. *& seqq.*

horum alterum dicere, id est, id dicere, unde intelligi posit, utrum horum alterutrum fit, necne. Non poteſt autem hoc intelligi, ſi hoc reus tantum reſpondet, ſe proprio titulo poſsidere, neque exprimit, quo. Quid enim, ſi mentiatur? quid, ſi iſte ipſe titulus quem dicet ſit iniuſtus? quibus modis qui poſsidet, poſsideat omnino pro poſseſsore. Sed cur in aliis actionibus in rem nemo poſseſsor cogitur titulum poſseſsionis ſuæ edere, in petitione hereditatis cogitur? Et ex his quæ de iure petitoris in his actionibus paulo ante diximus, ſatis ſua ſponte differentiæ ratio intelligitur. Diximus enim, in ſpecialibus in rem actionibus agi cum eo qui rem petitam poſsidet, quocumque titulo poſsideat. Sequitur igitur, ut deſideranti actori hunc titulum dicere ideo poſſeſſor cogendus non ſit, quia hunc noſſe ad actionem recte inſtituendam actoris nihil [21] intereſt. Sive enim actor dominum ſe probat, rem evincet, quocunque titulo poſsideatur: ſi non probat, ius facit, ut poſseſsio in ſuo loco manere debeat. *§. poſſidere*, verſ. *commodum*, *Inſt. de interd. L. qui accuſare*, *C. de eden.* At petitio hereditatis cum ita comparata ſit, ut non competat niſi adverſus eum qui pro herede, aut pro poſſeſſore poſſidet, omnino hoc exigit, ut petitor ante omnia horum alterutrum norit, quo recte experiatur. Sed eſto; intererit petitoris id noſſe: num idcirco id edere poſſeſſor cogendus eſt? Non videtur, dixerit aliquis; quia nemo cogitur adverſus ſe tela adverſario ſubminiſtrare. *L. minus*, *C. de teſt. L.* 1. *C. de eden.* Dicendum eſt, eum in petitione hereditatis poſſeſſor reſpondet, quo titulo poſsideat, nihil eum ſubminiſtrare adverſario, ſed ſibi. Nam ſi iniuſtum titulum ſpecialem dicit, petitionem hereditatis in ſe non inducit, ſed ſummovet. Si ſe dicit heredem, etiam hoc modo exiſtimationi ſuæ conſulit; cum ſi nullam omnino cauſſam poſſeſsionis adferat, ſuſcipiat in ſe prædonis opinionem, quam a ſe amoliri omnium honeſtorum virorum intereſt. Quid tamen, ſi obſtinate pergat nihil horum dicere? Dicemus eum, qui nullam cauſſam poſſeſsionis dicat, hoc ipſo indicare ſe pro poſſeſſore poſsidere, atque ita petitioni hereditatis locum facere: hæc enim, ut ante dixi, huius poſseſsoris definitio eſt. *L. qui interrogatus*. *L. nec ullam*, in pr. *de her. pet.* Sed & ius ita conſtitutum eſt, ut qui interrogatus in iure nihil reſpondet, ſilentium ei ſuum nocere debeat pro commodo actoris. *L. de ætate*, *§. qui tacuit*, *D. de inter. in iur. fac.* Quod ſi poſseſſor, qui iuſto titulo ſe poſsidere dicebat, etiam titulum dixerit, puta ſe emiſse, rem ſibi donatam, aut legatam eſse; non hic conſiſtet petitor, ſed amplius interrogabit; in contractu, a quo poſseſsor acceperit; in legato, cuius teſtamento & quo acceperit; quoniam ex conditione perſonæ auctoris, tum ex iure teſtamenti iuſta ſit, an iniuſta poſseſsoris cauſſa, intelligitur. Qui ſi de idoneis auctoribus, de teſtamento non palam vitioſo reſponderit, non tenebitur petitione hereditatis. Itaque hic petitionem hereditatis ſilere oportet, nec longius progredi. Sin ſe dixerit poſseſsor emiſse ab eo, quem furioſum eſse conſtaret, donatum accepiſse ab uxore, & ſi qui ſunt ſimiles auctores, a quibus iuſta cauſsa poſsidendi non eſt, tum intelligemus poſseſsorem poſsidere pro poſseſsore, atque ita locum fieri hereditatis petitioni.

XXVIII. Reſtat iam quartum illud & poſtremum, ut videamus, litne hoc ſine exceptione perpetuum, non dari petitionem hereditatis, niſi adverſus eum, qui rem hereditariam pro herede prove poſſeſſore poſſideat: nam hic nonnullæ perſonæ dubitationem adferunt, quæ cum neutro horum titulorum proprie rem poſsideant, tamen obſervare liceat eas huic petitioni ſubiici. Et de eo ita ſtatuendum eſt, neminem directa petitione hereditatis teneri, qui non poſsideat pro herede aut pro poſſeſſore: eſse tamen, qui cum his titulis re vera non poſsideant, teneantur utili. *L. nec ullam*, *§. quid ſi quis*, *D. de her. pet.*

XXIX. Quos ergo iſtos eſse volumus? Iam enim effectum eſt hoc modo non teneri eos, qui ſe heredes dicunt, cum hi pro herede poſsideant, neque eos qui nul-

21) Alia ratio extat in *L. cogi* 12. *Cod. Th. de fide teſt. Lib.* 11. *tit. alt.* unde deſumpta eſt *d. L.* 11. quia omnis probatio ab actore non a reo exigitur. Addit Weſ. *h. tit. Cod. n.* 36. quod ea res pertineat ad exceptiones peremptorias reorum, ut omnino non conveniat tale quid actorem a reo exigere, cum nec Iudex exceptiones a reo non obiectas exquirat vel ſuppleat. Et ita non cogitur reus edere titulum, ſcilicet ad commodum actoris. Ad excludendam vero intentionem actoris quandoque docere id compellitur *L.* 16. *in fin. Cod. de probat.* nimirum ad commodum ſuum, ni condemnari velit, Weſ. *h. t. Cod. n.* 51. Sich. *in d. L.* 11. *n.* 21. ot & quando pro actore præſumptio eſt, vid *infra Lib.* 20. *Cap.* 2. *N.* 20. In noſtra vero hac petitione cogitur ad commodum actoris, cum per hoc aperiatur via petitioni: Sicuti enim rem vindicaturus debet prius quærere an poſſideat reus, ne fruſtra cum eo litiget, ita hic an pro poſſeſſore vel herede; Quia tantum facit in rei vindicatione ſimplex poſſeſſio; quantum hic modificata, Azo *in ſumma Cod. h. tit. n.* 31. Et quando non poſſum agere ſimpliciter, ſed tantum ratione alcuius qualitatis, de illa prius conſtare oportet, ut ex Caſtr. Sich, *d. loc. n.* 3.

lam caussam possessionis adferunt; nam hi pro possessore possident; sed nec eos, qui iusto titulo speciali rem possident, quos placet omnino petitione hereditatis non teneri. Qui sunt autem præter istos, qui alio modo possint rem hereditariam possidere, ut dici possit res directa petitione hereditatis non teneri, at teneri utili? Hi sunt, qui se eos dicunt, quales si vere sint, heredes quidem non sint re vera, iure tamen pro heredibus habeantur. Cuius generis possessorum species sunt hæ tres: bonorum possessor; fideicommissarius, cui a non vero herede restituta est hereditas; item qui iusto aliquo titulo hereditatem a non vero accepit; puta emit, aut accepit in dotem.

XXX. De bonorum possessore ita scriptum est in *L. pro herede, D. de her. pet.* sed enim & bonorum possessor pro herede videtur possidere. Recte, videtur: quia re vera non possidet pro herede, bonorum enim possessores, etiam si vere tales sint, heredes non sunt. *§. quos autem.* Quam ob caussam directa petitione hereditatis quasi pro herede possideat, bonorum possessor teneri non potest. Multo minus quasi possideat pro possessore, qui iustam caussam affert possessionis suæ bonorum possessionem. Sed idem cum iure civili heres non sit, iure prætorio pro herede habetur, *L. 1. 2. 3. D. de bon. poss.* Qua ratione iam recte dicitur, qui vere pro herede non possidet, pro herede tamen possidere videri. Unde & utilem adversus eum petitionem hereditatis esse oportet, quæ directa ex verbis iuris esse non poterat.

XXXI. In eadem caussa est fideicommissarius restituta ei a non vero herede hereditate. Finge aliquem testamento scriptum heredem esse, sed iniusto testamento; rupto aut irrito, ut sic vere heres non esset: hunc tamen eo testamento rogatum hereditatem restituere Titio, restituisse. Scribit Ulpianus etiam in hunc fideicommissarium utilem petitionem hereditatis dandam, similiter ut de emptore hereditatis prius responderat. *d. L. nec ullam, §. sed etsi retenta, de her. pet.* Cur ergo hic non tenetur directa hereditatis petitione? quia nec pro possessore possidet, qui honestam possessionis caussam dicit; neque pro herede, qui ex restitutione præcedente heres esse non potest, etiamsi maxime restitutam ab herede vero hereditatem accepisset. Sed ut bonorum possessor iure prætorio, ita hic restituta hereditate pro herede habetur ex Trebelliano. *§. restituta, Instit. de fid. her.* Quæ res facit, ut similiter & hic videatur possidere pro herede: unde & utilis adversus eum hereditatis petitio.

XXXII. In eodem numero habendum esse placuit, quisquis hereditatem a non vero herede emptam, aut ex alia iusta caussa acceptam possidet. In quo cum de emptore hereditatis dixero, facile quod ius sit in hac re reliquorum hereditatis ex aliis caussis possessorum, intelligetur. Ergo qui emit hereditatem, placet in eum quoque dari utilem hereditatis petitionem, *d. L. nec ullam, §. quod si quis, de her. pet.* Sed qui emit hereditatem, inquam, non qui res hereditarias, quas qui emit, iam supra dictum est, eum petitione hereditatis non teneri, sicut nec alium quemlibet rei hereditariæ possessorem, qui rem iusto & proprio aliquo titulo acceperit. *L. sed etsi lege, §. item si rem, D. eod. L. hereditatis. C. eod.* Eaque in emptore ipsissima sententia est, de qua mox pluribus. *L. 2. C. eod.* Eum ergo dicimus nominatim qui hereditatem emerit. In eum, inquam, petitio hereditatis datur, sed utilis, non directa. *d. L. nec ullam, §. quid si quis.* Cur ergo non directa? quia cum emptor hereditatis pro possessore non possideat, qui iustam caussam possessionis suæ allegat emptionem; ne pro herede quidem ex hac caussa possidere intelligitur, qui etsi maxime emisset hereditatem a vero herede, heres tamen non esset, eoque nec se emptorem dicendo ullo modo heredem dicere intelligitur. Fiunt enim heredes aut testamento aut ab intestato lege; non fiunt conventione. *§. ult. Inst. per quas pers. nob. acq. L. hereditas, C. de pact. conven.* Sed idem emptor tenetur hereditatis petitione utili, quia & is ut superiores heredis [23] vicem obtinet. *L. 2. §. pen. D. de her. vel act. vend.* Unde & ei cum a vero herede emit, utiles adversus debitores hereditarios actiones tribuuntur. *L. emptor, C. de her. vel. act. vend.*

XXXIII. Enimvero ne hæc ipsa quidem utilis petitio hereditatis statim adver-

23) Et ita tenetur tanquam possessor pro herede, Wes. *hoc tit. Cod.* n. 23. Quomodo adhuc nulla exceptio regulæ prius traditæ, quod non detur contra possidentem alio titulo &c. Atqui hoc videtur fefellisse Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 5. dum ait DD. communem sententiam a veritate abhorrere. Nam quandocunque, sive empto sive alio quocunque titulo habetur ipsum ius successionis universale, & hæc actio tenet, non tanquam contra alio (quam pro herede) titulo possidentem intentatur. Gravior lapsus est Vaudi 2. Q. 24. n. 5. statuentis ab eo qui titulo iusto possidet plerunque posse hereditatem peti, contra ipsa verba Iurisconsulti: *ita demum &c. L. 9. hoc tit.*

versus emptorem hereditatis datur, sed sub conditione, si non expediat petitori hereditatem a venditore peti, seu si res aliter a venditore salva esse non possit: quod adiicitur in *d. L. nec ullam*, *§. quid si quis*. Ut intelligamus, si res petitori salva esse possit a venditore, non posse hereditatem ab emptore peti. Quid ergo? vendita hereditate, etiam venditor tenetur petitione hereditatis? omnino, & is quidem directa, sive malæ fidei possessor fuerit, sive bonæ fidei. Nam si mala fide possedit, cum sciret hereditatem ad se non pertinere, atque ita vendidit; desiit dolo possidere; unde & perpetuo pro possessore habetur. *L. nec ullam*, *§. pen. L. sed etsi lege*, *§. 1. D. de her. pet.* Sin bona fide vendidit, quam suam putabat, tamen ideo semper tenetur, quia aut pretium iam consecutus est, aut certe habet actionem ad id petendum: quarum rerum utraque tanquam hereditaria venit in hereditatis petitionem. *L. item veniunt*, *§. ait Senatus*, *placere*, *D. eod.* Sed multis modis accidere potest, ut cum venditor teneatur, tamen non expediat hereditatem ab eo peti, ac res ab eo salva esse non possit: vel quia abest, & incertum est, quando redeat; vel quia præsens non est solvendo; vel quia modico distraxit, & bonæ fidei possessor est, cuiusmodi possessores non tenentur ultra quam locupletiores facti sunt. *L. sed etsi lege*, *§. consuluit*, *D. de her. pet.* Atqui his casibus omnibus porrigentur manus ad emptorem, ut loquitur Ulpianus in *d. L. nec ullam*, *§. quid si quis*. Id est, his casibus omisso venditore hereditatis pervenietur ad emptorem, quem utili petitione hereditatis teneri diximus. Et hoc bonæ fidei emptori ita tribui æquum est. At quid, si quis sciens alienam emit hereditatem? etiamne adversus eum eamdem distinctionem servabimus, ut non aliter perveniatur ad eum, quam si res a venditore salva esse non possit? Et Ulpianus in *d. L. nec ullam*, *§. si quis sciens*. idem & in malæ fidei emptore hac in re servandum esse significat. Cum enim respondisset quosdam putare hunc quasi pro possessore possidere, & sic peti ab eo hereditatem posse: subiicit, non putare se hanc sententiam esse veram: neminem enim prædonem esse, qui pretium numeravit: sed hunc ut emptorem universitatis utili teneri. Atqui utilem istam petitionem adversus universitatis emptorem idem Ulpianus prius dixerat dari solum ea conditione, quam modo dixi. *d. §. quid si quis*. Illam igitur ipsam [13] conditionem & nunc adversus hunc emptorem servandam esse intelligit. Tum autem si hoc emptor statim teneretur utili petitione hereditatis, utique quasi pro possessore, & pro prædone teneretur. At horum utrumque negat Ulpianus. Satis igitur hunc non statim, sed illa conditione quam dixi, conveniri iudicat.

XXXIV. Hoc loco adversus superius utrumque tam quod de bonæ fidei emptore diximus, quam quod de malæ fidei emptore, oritur dubitatio ex *L. 2. C. eod.* atque adeo ea lex superiori sententiæ utrique velut ex professo adversari videtur. Nam quod ad malæ fidei emptorem attinet, in ea lege scriptum est, eum qui dimidiam partem bonorum mala fide emit, quasi malæ fidei possessorem teneri & teneri ita, ut fructus omnes restituere debeat. Si is tenetur quasi malæ fidei possessor, tenetur & pro prædone: nam in hoc numero omnes malæ fidei possessores habentur. *L. sed etsi*, *§. si ante*, *ff. de her. pet.* At hoc Ulpianus negat in *d. L. nec ullam*, *§. si quis sciens*. Quod autem ad bonæ fidei emptorem, subiicitur in *d. L. 2.* si emptor partem dimidiam bonorum bona fide emit, fructus solum restituendos, ex quo lis contestata est: quo significatur ante perceptos a bonæ fidei emptore restitui non debere. At hoc ipsum nihil allud est, quam bonæ fidei emptorem ne utili quidem petitione hereditatis teneri: quoniam in hanc veniunt omnes fructus quandoque etiam a bonæ fidei emptore, & quidem ante litem cum eo contestatam percepti, tanquam qui ex hereditate percepti, & ipsi hereditarii facti sint: de quo postea in rebus huius iudicii dicemus. *L. ancillarum*, *L. post Senatusconsultum*, *D. de her. pet.* Quod cum ita sit, & rescriptum tam ad hunc locum pertinens paulo obscurius sit, & idem multo acceptum deterius, operæpretium est de sententia eius hoc loco paulo plura dicere, ut plane intelligatur, sciaturque quam nihil sit in eo iis quæ de emptore hereditatis diximus, contrarium.

AD L. 2. C. DE HER. PET.

XXXV. Et si cum vulgo interpretum in *d. L. 2.* agi putamus de emptore hereditatis, eoque & de petitione here-

 dita-

[13]) Non sequitur; sed hoc tantum, quod quia non pro possessore possidens tenetur conveniatur ut possidens pro herede. Neque enim is semper bonæ fidei possessor est, vid. *supr. h. Cap. N. 17.* Et sane *d §. 4.* satis clare & restricte de bonæ fidei possessore loquitur.

ditatis, quo is conveniretur, valde etramus, evenietque hic nobis idem, quod illis, non solum ut pervertamus in totum sententiam eius loci, sed etiam obiectionem conantes diluere, quo plura attulerimus ad dissolutionem, eo magis non sine risu implicemus. Certe omnes fere partes eius rescripti reclamant: sed tres sententiæ eius rescripti evidentissime. Primum aiunt Imperatores, eum qui partem dimidiam bonorum bona fide emit, restituere solum fructus post litem contestatam perceptos. Falsum citra controversiam, si is emptor est hereditatis, & petitione hereditatis convenitur: quia, ut iam dixi, fructus ex hereditate percepti, quandocunque percepti sint, augent hereditatem, & omnes etiam a bonæ fidei possessore restituendi sunt. *d. L. ancillarum, L. post Senatusconsultum, de her. pet.* Deinde hoc ipsum etiam adiiciunt Imperatores; *fructibus*, aiunt, *augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo & peti potest.* Quibus verbis, quid aliud significatur, quam cum hereditas petitur, fructus omnes tanquam hereditarios in petitionem hereditatis etiam adversus bonæ fidei possessorem venire? hoc enim sic explicatur in *L. item veniunt, §. item non solum.* vers. *fructus, L. sed etsi, §. ult.* & *L. ancillarum. L. post Senatusconsultum, eod.* Non ergo profecto Imperatores prius de petitione hereditatis senserunt, cum fructus dixerunt solum ex tempore litis contestatæ esse restituendos. Ista enim ratione non præcedentem sententiam confirmarent, sed everterent. Postremo hæc illorum oratio est in extremo; emptorem in proposito, qui proprio titulo munitus est, etiam iure rerum singularum conveniri. Si hoc intelligunt, eum tantum, iure singularum rerum conveniri, petitione hereditatis eum teneri prius non senserunt. Sin eumdem dicunt teneri & petitione hereditatis, & rei vindicatione, quæ est actio singularum rerum, quam inepte adiiciunt hanc actionem, qua multo minus petitor consequi potest de fructibus, quam petitione hereditatis? Sed vera sententia cognita, facilius quam longe isti a scopo aberrarint, intelligetur.

XXXVI. Et omnino ita statuendum est, emptorem qui illic proponitur, rerum hereditariarum singularum emptorem fuisse, non hereditatis. Quod adeo ex verbis speciei illic propositæ cuivis mediocriter in iure versato promptum fuit intelligere, ut nihil magis. Et fecissent veteres illi sine dubio, nisi & titulo, & quibusdam rescripti verbis decepti de petitione hereditatis illic agi statuissent, ex quo deinde & significationem verborum, quibus species illic proponitur, ad emptionem hereditatis potius transferendam esse putarent. Nam primum cum illud rescriptum collocatum esset sub titulo de petitione hereditatis, existimarunt etiam id ad petitionem hereditatis referri debere. Sed præcipue decepti sunt illis verbis rescripti: fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Hæc enim verba in speciem continent rationem præcedentium: quod si est, cum ratio concepta sit de petitione, qua hereditas a possessore petitur, & uno verbo de petitione hereditatis, non possunt præcedentes sententiæ aliter accipi, quam ut intelligantur Imperatores in his de petitione hereditatis adversus hereditatis emptorem sensisse. Et ita vulgo interpretes illa verba acceperunt. Quod longe aliter faciendum fuit. Illis enim verbis non ratio præcedentia confirmans, sed contra obiectionis superiora infirmantis occupatio continetur. Res ergo sic habet. Proponitur illic Musæus quidam a scripto herede qui vere heres non erat, emisse partem dimidiam bonorum defuncti: sic enim speciei propositæ verba sunt. Atqui bona cum proprie, & ex usu iuris loqui volumus, non sunt hereditas, sed res singulæ hereditariæ. Quapropter illic Musæus non est emptor hereditatis, sed rerum hereditariarum. Quæ res facit, ut nec petitione hereditatis vel utili teneri potuerit, sed tantum rerum singularum petitione, ut supra dixi: quod & ipsum in extremo rescripti confirmatur, cum dicunt Imperatores emptorem in proposito singularum rerum iure conveniri. Sed de his verbis postea: prius de significatione verbi bonorum videamus. Et bona non esse hereditatem, utriusque rei sive definitiones, sive attributa propria declarant. Hereditas est universitas bonorum, quæ adiunctum in se habet æs alienum: quo fit ut hereditas omnis obliget heredem æri alieno, quo nomine & ipse tenetur creditoribus hereditariis. *L. more, D. de acq. her. L. nam etsi, §. ult. D. de inoff. test.* Bona contra adiunctum æris alieni incommodum non habent; sed dicuntur bona intelligi, quæ deducto ære alieno supersunt. *L. subsignatum, §. bona, D. de verb. signif.* Idque eam vim habet, ut in quem alicuius bona translata sint, is potestate ipsius verbi a creditoribus transferentis conveniri non possit. *L. mulier, D. de iur. dot.* Sed & bona defuncti esse res ipsas hereditarias, diserte traditur

ditur in *L. non amplius* 26. *§. ult. D. de leg.* 1. ubi bonorum parte legata, rerum partes legatas esse responsum est, aut pro commodo & electione heredis rerum æstimationem. An dubitamus igitur idem multo citius intelligi debere, bonorum parte vendita, qualis emptio proponitur in *d. L.* 2? Sed de ea significatione dubitabitur fortasse in eo rescripto propter eas caussas, quas ante dixi. Et bona quoque abusive interdum pro patrimonio & hereditate accipi legimus: ut cum testator rogavit bona sua Titio restitui. *L. nam quod*, *§. ult. D. ad Treb.* Ut ergo certius fiat, sic partem bonorum in *d. L.* 2. proprie intelligi debere, ut dixi, quo scilicet significetur pars dimidia rerum defuncti, deinceps quam reliqua verba rescripti ad eam speciem & eam solam recte quadrent, cognoscamus. Et cum inter petitorem atque emptorem Musæum conveniret restitui petitori bona empta debere, quacunque actione ea repeterentur, omissa quæstione de genere actionis, quæsitum est de fructibus bonorum, quantum eo nomine Musæus restituere deberet; & num deberet eos tantum restituere, qui post litem contestatam percepti essent, an vero & qui ante. Itaque & de eo solum respondent Imperatores, atque ita distinguunt. Si controversia heredi scripto mota de hereditate defuncti, Musæus ab eo herede bonorum partem dimidiam emit, controversiæ motæ non ignarus, Musæus malæ fidei possessor est, qui hereditatem ab auctore suo petitam esse non ignoravit. *L. item veniunt*, *§. petitam*, *D. de her. pet* Proinde tam ipse, quasi malæ fidei possessor, quam heredes eius fructus restituere coguntur: fructus inquam, generaliter, & sine exceptione; ut intelligamus hic a malæ fidei possessore omnes restitui debere, tam ante, quam post litem contestatam perceptos. Hoc ius est in petitione hereditatis adversus malæ fidei possessores, quia sive fructus possident, restituere debent, quos suos non fecerunt: sive non possident, ideo debent restituere, quia dolus pro possessore habetur. *L. sed etsi lege*, *§. si ante*, *§. proinde*, *D. de her. pet.* Idem & in vindicatione rerum singularum obtinet. *L. sin autem*, *§. si homo*, *D. de rei vind.* Si vero, aiunt Imperatores, venditionem lite antiquiorem esse probetur, id est, si Musæus emit hereditatem priusquam lis de hereditate moveretur scripto heredi, & sic bona fide ab eo hereditatem emit; ex eo die fructus restituentur, ex quo lis cum emptore in iudicium deducta est, id est, ex quo lis est cum emptore contestata. *L. unica*, *C. de lit. contest.* Quo significant, fructus ante litem contestatam perceptos, ab emptore bonæ fidei non esse præstandos. Cur ergo illi ab eo qui bona fide possidere cœperat, restituendi sunt, hi non sunt? Quia lite contestata, qui prius bona fide possidebant, incipiunt pro prædonibus haberi. *d. L. sed etsi*, *§. si ante*, *§. perinde*, *de her. pet.* Ante litem autem contestatam bonæ fidei possessor manere existimatur, qui ab initio bona fide possidere cœperat. Iam vero fructus a bonæ fidei possessore percepti fiunt eius iure naturali. *§. si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis. L. bonæ*, *§.* 1. *D. de acq. rer. dom.* Hic sequitur obiectio, quæ occupatione diluitur in rescripto illis verbis, *fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emptor autem* & quæ sequuntur. Obiectio hæc est: Atqui certi iuris sententia est, fructibus augeri hereditatem: exstat in *L. item veniunt*, *§. item non solum*, vers. *fructus*, *L. sed etsi*, in fin. *D. de her. pet.* cuius ut ante attigi, non alia significatio est, quam fructus ex hereditate perceptos, quandocunque percepti sint, fieri hereditarios: ideo etiam a bonæ fidei possessore esse restituendos. *d. L. ancillarum*. *L. post SC. D. eod.* Hic autem petuntur res hereditariæ a Musæo. Quocirca & fructus iam ab initio perceptos restituere cogendus est. Occupant igitur hanc obiectionem Imperatores, & hanc regulam in hac caussa non obstare ostendunt. Sane enim, inquiunt, fructibus augetur hereditas: sed hoc ne quis superiori sententiæ adversari existimet: id enim tunc locum habet, *cum hereditas possidetur ab eo, a quo peti potest:* idest, cum possidetur ab eo, qui petitione hereditatis conveniri potuit: hæc enim sola petitio est, in quam isti fructus ut hereditarii facti veniunt. *At emptor qui proprio titulo possessionis munitus est*, qualis est in proposito Musæus, *etiam rerum singularum iure convenitur*; sensus est: At emptor, qui proprio, id est singulari, seu singularum rerum titulo res accepit, quemadmodum proprio & singularum rerum titulo munitus ad defensionem possessionis suæ; ita [24] *etiam rerum singularum*

24) Consentire videtur, sed obscurius Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 5. n. 11. *& seqq.* Et sententia nostra est quod vocula *etiam* non implicet aliam actionem, sed sit vocula comparationis, ac si diceretur *similiter:* quomodo etiam exponit,

larum iure convenitur; id eſt, eo iure quod ſervatur in ſingularum rerum petitione, non autem in petitione univerſitatis ſeu hereditatis: ſcilicet quia ſingularum rerum hereditariarum emptor, qualis hic proponitur Muſæus, ſpeciali in rem actione de his rebus tenetur, non hereditatis petitione. *d. L. hereditatis, C. de pet. her. L. ſed etſi, §. item ſi rem, D. eod.* Id autem ius eſt in iſtis actionibus de fructuum reſtitutione, ut ab eo qui hereditatis petitione convenitur, fructus omnes reſtituendi ſint, quanvis & bonæ fidei poſſeſſor ſit, & perceperit ante petitam a ſe hereditatem: hucque illud pertinet, quod dicitur fructibus hereditatem augeri: ab eo autem, cum quo agitur ſpeciali in rem actione, ſi quidem bonæ fidei poſſeſſor eſt, fructus ſolum reſtituendi ſint, ex quo lis conteſtata eſt: ante percepti, ut fiunt eius, ita non veniunt in reſtitutionem. Hæc eſt, ut vera, ita germana ſententia *d. L. 2. C. de pet. her.* in qua apparet, non ſolum quam vere diximus agi illic de emptore rerum ſingularum, eoque & de eo qui rei vindicatione, ſeu ſpeciali in rem actione teneatur, ſed etiam in contextu quam omnia ad eam ſpeciem relata cohæreant inter ſe, & quam priora poſterioribus, poſteriora prioribus reſpondeant, omnia ad regulas & principia iuris optime congruentia. Nec mirum ſit id reſcriptum ſub titulo de petitione hereditatis ſitum eſſe cum de ſpeciali in rem actione, non de hereditatis petitione illic ageretur. Nam occurrebat in ſpecie eius loci regula petitionis hereditatis propria, quæ dubium faciebat, num & ea in ea ſpecie utendum eſſet: nempe hæc, qua dicitur fructibus augeri hereditatem. Quam cum ideo Imperatores interpretati eſsent, merito ea interpretatio & ad petitionem hereditatis relata eſt.

XXXVII. Quibus de eo reſcripto cognitis, expeditum iam omnino eſt, quid de emptore hereditatis, qui hereditatis petitione quanvis utili convenitur, itemque de ſuperioris loci obiectione reſpondeamus. Dicimus emptorem hereditatis, ſive bona fide emit, ſive mala dum pretium numerarit, teneri petitione hereditatis utili, ſed ita, ſi res aliter petitori ſalva eſse non poſſit. Cum autem ea petitione convenitur, ita teneri, ut eum fructibus omnibus augeatur hereditas, eos proinde quandocunque & quaecunque fide perceptos reſtituere debeat. Nihil horum negatur in *d. L. 2. C. de pet. her.* quia illic proponitur emptor non hereditatis, ſed rerum hereditariarum: qui proinde iure ſingularum rerum tenetur: eſtque id ius poſitum in his duabus rebus; primum ut poſſeſſor ſtatim conveniri rei vindicatione poſſit, quanvis res ſalva eſse poſſit a venditore. *L. ſed etſi lege, §. item ſi rem, D. de her. pet.* Deinde ut ſi bonæ fidei emptor eſt, non debeat fructus ante litem conteſtatam perceptos quos ſuos fecit, reſtituere. Sint ergo conſtituta ea, quæ de emptore hereditatis utili petitione hereditatis convenieudo diximus.

XXXVIII. Quid tamen, si quis hereditatem a fiſco emerit, quæ non erat fiſci? etiamne hic in eadem cauſa cum cæteris emptoribus habebitur? Ulpianus ſcribit, etiam adverſus eum æquiſſimum eſse utilem actionem dari; ut intelligamus etiam hunc emptorem eodem cum cæteris iure in hac re haberi. *d. L. nec ullam, §. item ſi quis, D. de her. pet.* Videbuntur fortaſse huic parti contrariæ *L. 2. L. 3. C. de quad. præſc.* quibus cautum eſt, ut qui a fiſco rem quamlibet etiam in iure consiſtentem, proinde & hereditatem, emerint, ſtatim tuti ſint & ſolus rei venditæ nomine conveniri poſſit & debeat fiſcus, idque intra quadriennium dumtaxat. Sed ut ſunt ſuperiora verba Ulpiani, nihil illæ conſtitutiones adverſantur: non ſane quod de illis Ulpianus ſenſerit, quæ tam longo temporum intervallo poſtea ſecutæ ſunt: ſunt enim prior Zenonis, altera Iuſtiniani: ſed quia ſuperiora verba Ulpiani ita ſunt, ut etiam ad has conſtitutiones certe aptari poſſint: neque novum eſt, ut & priores leges ad poſteriores, & poſteriores ad priores trahantur. *L. non eſt novum*, & duab. ſeqq. *D. de legib.* Ait Ulpianus eum qui a fiſco hereditatem emit, utili petitione hereditatis teneri. Atqui prius dixerat iſti utili petitioni in emptore hereditatis tum locum eſse, cum res a venditore petitori ſalva

eſſe

nit, etſi alias longe aliter *d. L. 2.* interpretans A. Fab. 17. *Coniect.* 1. Azo autem *ad d. L. 2.* ita: id eſt non tantum tenetur ad reſtitutionem fructuum, ſed & conveniri poteſt rei vindicatione, non vero petitione hereditatis. Et mihi ſane hæc expoſitio Donelli, etſi ſpecioſa, non penitus ſatis facit; ſed quia nondum ſatis liquet, ampliare malo, quam temere & cum periculo quicquam definire. Enimvero Sichard. *in d. L. 2. n. 1.* intellectum prioris membri *d. L. 2.* inde dependere cenſet; quod in univerſalibus iudiciis ſola controverſia mota, etſi per extraiudicialem denunciationem, tantum efficiat, quantum in ſingularibus litis conteſtatio; atque ita per illam res vitio litigioſi afficiatur: proinde alienatio poſtea contingens iure prohibita & invalida, titulusque empti nullus. Sed nec hæc rem plene expediunt, per *not. infra* C. 14. N. 13. Plane quod ex verbo *bonorum* ducitur argumentum hic a noſtro, debile eſt, cum bona paſſim pro hereditate legamus. Et in *L. 5. C. de her. vend.* hereditate vendita mox dicitur emptor bonorum &c.

esse non potest. *d. L. nec ullam*, *§. quid si quis*. Nunc autem post constitutiones superiores, cum fiscus hereditatem vendidit, semper fiscus conveniri & potest & debet; fiscus qui & semper præsens est, & idem semper solvendo. Proinde etiam ex verbis Ulpiani, dum ita fiscus conveniri poterit, non pervenietur ad emptorem fisci. Atenim Ulpianus vult aliquando saltem in istum emptorem utilem petitionem dari; quod superiores constitutiones prohibent. Minime vero id omnimodo prohibent, sed hac lege, si nihil vetet, quominus fiscus conveniatur. At est interdum, cum non possit conveniri assentientibus etiam superioribus constitutionibus. Quid enim, si fiscus vendiderat ea lege, ne [25] teneretur?

XXXIX. Quod de emptore hereditatis diximus, generaliter probandum est in omnibus, qui hereditatem a non vero herede ex alia quavis iusta caussa acceperunt, ut & hi similiter petitione hereditatis utili teneantur eum distinctione superiore. Exemplo est maritus, si forte ei mulier hereditatem in dotem dederit, *d. L. nec ullam*, *§. apud*.

XL. In hac parte de una specie dubitatum est, nempe de herede eius qui pro herede prove possessore possedit, ecquid etiam hic heres petitione hereditatis teneatur, necne. Movet dubitationem, quod prima fronte non videtur, aut pro possessore possidere, aut pro herede, aut pro eo qui heredis loco habeatur. Non pro possessore, qui se heredem dicit, & hanc possessionis suæ caussam adfert. Non pro herede, qui vere heres est; cum diximus eum pro herede possidere, qui cum heres non esset, se heredem dicit. Multoque minus pro eo qui pro herede habeatur, eum se non talem, sed aperte heredem nominet, & sit re vera: ut proinde videatur hic heres neque directa petitione hereditatis teneri, neque utili. Sed placuit ab eo peti hereditatem posse eodem modo, ut ab eius decessore, & quidem ita, ut teneatur etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. *L. nec ullam*, *§. Neratius*, *D. de her. petit.* Et recte. Utcunque enim res a decessore superioribus titulis possessas possideat ipse bona fide, & tanquam verus heres; tamen eum eas successionis iure ex persona decessoris sibi defendat, necesse est quo iure quove titulo decessor possedit, eodem & ipsas ab herede possideri: qui enim in ius alterius succedit; iure eius uti debet. *L. qui in ius*, *D. de reg. iuris*. Nihil ad rem pertinet, quod hic vere est heres eius, qui pro herede, prove possessore possidebat. Sane enim in iis quæ fuerunt decessoris, & vere eius heres est: at non item in iis, quæ a decessore possidebantur pro herede, vel pro possessore. Hæc enim aliena fuerunt, non decessoris. Nihil autem iure hereditario amplius pertinere ad heredem potest, quam habuit is, cui succesit. *L. hereditas*. *L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Et hoc est, quod supra diximus, pro herede possidere non solum eum, qui rem hereditariam possidet ipse non heres; sed etiam qui vere heres possidet rem non hereditariam tanquam hereditariam: quod non obscure significatur in *d. L. nec ullam*, *§. Neratius*. Quæ si recte dicuntur in herede eius qui pro herede prove possessore possidebat, valeat ius idem & in herede earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possidet: ut quemadmodum ipse emptor utili petitione hereditatis tenebatur quasi heres, sic teneatur & heres eius, qui eodem iure & titulo utitur: hæc rursum in *d. L. nec ullam*, *§.* [26] *heredem*.

CAP.

25) Obscuriora quæ hic, & *supra Lib.* 5. *Cap.* 3. *sub fin.* Donellus habet. Purd autem Donellum emptoris heredem *d.* C. 3. sub finem abusive vocare heredem, ad quem spectat hereditas ea, quæ a fisco emptori alienata est, alias non video qui species poni possit. At quomodo pactum fisci, cum emptore, tertii ius & petitionem minuere possit, pariter non video.

26) Et ita noster *d.* §. 11. accipit, ubi defunctus emptor fuit hereditatis. Nam ubi res singulas titulo empti possedit, sicuti ipse non tenebatur, sic nec durior debet esse conditio heredis sui. Et male Hugolin. teste Cuiac. 9. *Observ.* 25. intelligit *d.* §. 11. ubi quod defunctus possedit pro emptore, heres putat eum possedisse pro herede. Optimo imo heredis nec facit quo minus teneatur, nec quo magis. Ineptius alii: quia possidet quasi heres. Nam necesse est ut hic conventus dicat se heredem eius de cuius hereditate agitur. Cuiac. *d. loc.* Qui & ipse aliter quam noster *d.* § 11. accipit ita: Legitimus idemque verus heres petit hereditatem a testamentario. Quæritur an in actionem veniant res tantum propriæ defuncti, an etiam ab eo emptoris aliove titulo possessæ? Hoc statuitur *L.* 19. *pr. ibi quarum nomine publiciana h. t.* Vera per se quidem sententia, sed vereor ut interpretatio ad mentem & verba Iurisconsulti *d.* §. 11. apposita. Vereor ut præcedentium series & vis voculæ *etiam* eam patiatur. Taceo quod hoc modo sequeretur etiam res pro possessore, atque ita mala fide & sine titulo a defuncto possessas in hoc iudicium venire contra mentem *d. L.* 19. *pr.*

CAP. XIII.

Res hereditarias omnes, quæ modo restitui possint, in petitionem hereditatis venire: & quæ sint res hereditariæ ad hanc petitionem pertinentes.

Petitio hereditatis persequitur res hereditarias. I.
Has esse corpora vel iura; corporum genera duo & quæ. II.
Ex priore genere corpora illa, quæ aut pertinent ad ius defuncti, aut ad eius periculum. III.
Ad ius defuncti tria pertinere, & quæ sint. IV.
Ad periculum defuncti quæ spectent. V.
Ex posteriore illa quæ testatore defuncto sunt hereditati quæsita. Species corporum eiusmodi quinque. VI.
1. *Quæ accesserunt rebus hereditariis.* VII.
2. *Quæsita per servos hereditarios.* VIII.
3. *Pecunia redacta ex re hereditaria, non aliunde & si per huius occasionem quæsita. Pecunia illa quotuplex.* IX. X.
4. *Res hereditatis caussa comparatæ: (quomodo tales) secus alio nomine, vel alii usui comparatæ ex hereditaria pecunia.* XI. XII.
5. *Fructus percepti quicunque rerum hereditariarum.* XIII.
Item percepti a possessore bonæ fidei ante rem petitam: non idem iuris in actionibus in rem specialibus; & quare. XIV.
Iura, quæ in petitionem veniunt, esse 1. *actiones hereditati quæsitas. Has in personam quæri dupliciter & quomodo.* XV.
Quid sit, actiones speciales hereditarias in petitionem venire. XVI.
Quæ in personam speciales veniunt, in petitionem non uno modo. Triplex harum differentia. Unaquæque qualis. XVII. XVIII. XIX. XX.
2. *Actiones extraneo possessori quæsitas ex re hereditaria. Has etiam esse hereditarias, & per cessionem restitui.* XXI.
3. *Servitutes personæ defuncti aut prædiis hereditariis iam ante debitas, ex his personales peti, non reales: differentiæ ratio.* XXII.
Res proprio iure quæsitas, licet antea hereditarias, aut ex re hereditaria, sive corpora, sive iura non venire in petitionem hereditatis. XXIII.

I. IAm qui tertius locus est in actione recte instituenda, quibus de rebus sit hæc actio cognoscamus, sive quæ sint quæ petitione hereditatis specialiter petantur, sive quæ hereditate generaliter petita in hanc petitionem veniant. Et cum diximus, idque etiam titulus ipse actionis indicet, hac actione peti hereditatem, ac per hereditatem res ipsas hereditarias ab eo, qui quid earum rerum pro herede vel pro possessore possidet, ut restituatur: *L. regulariter, L. licet, D. de her. pet.* satis hinc iam sua sponte intelligimus, petitionem hereditatis petere & persequi res hereditarias, & has ipsas esse, quæ in hanc petitionem veniant, neque hoc solum, sed & hereditarias omnes in eam petitionem venire, quæ modo sua natura restitui possint, ut ex divisione subiecta postea patebit. Itaque huc omnis redit huius loci quæstio, ut videamus, quæ sint res hereditariæ, quæ earum genera, & quam omnia subiiciantur superiori definitioni,

II. Res hereditariæ partim corpora sunt, partim iura: & has res universas in hoc iudicium venire diserte traditur in *L. item videndum, §. ult. D. de her. pet.* Corporum hereditariorum, ut & cæterarum hereditariarum rerum, duo genera sunt. Unum eorum, quæ olim a decessore, dum viveret, habita, possessave sunt. Alterum eorum, quæ illo mortuo primum hereditati quæsita, exinde hereditaria esse cœperunt.

III. Quæ olim a defuncto habita fuerunt, & moriente eo sunt relicta, ea maxime proprie dicuntur hereditaria. Est enim proprie hereditas, eum in id ius succeditur, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas, D. de reg. iur.* Atque hæc duplicia sunt, quædam quæ ad ius defuncti; quædam quæ ad periculum eius dumtaxat pertinuerunt: ex quibus priora in bonis, posteriora magis ex bonis esse dicuntur. In iure defuncti, seu ad

ad ius defuncti pertinuisse dico ea, in quibus defunctus [1] aut actionem ad ea persequenda habuit, aut ad retinenda exceptionem; quæ in usu iuris dicuntur esse in bonis. *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. dom.*

IV. Hæc tria sunt. Primum quæ in dominio defuncti fuerunt: quorum nomine potissimum est illa persequentibus actio in rem, ac multo magis possidentibus ad retentionem exceptio. Unde & hæc maxime præter cætera dicuntur esse in bonis. *L. bonorum*, *D. de verbor. sign.* Quod si in hoc dominium hereditatis successio est, ut est, *L. cum heredes*, in pr. *D. de acquir. poss.* necesse est, quæ res huius generis optimo iure fuerunt defuncti, easdem & post mortem eius optimo iure fieri hereditatis. Itaque quin hæc corpora præcipue in hereditatis petitionem veniant, nulla dubitatio est: idque ita est, etsi a defuncto pignori obligata essent. Unde illud in *L. ei qui*, 54. §. 1. *D. de her. pet.* heredem debitoris id quod defunctus pignori dederat, quin hereditatem petendo consequi possit, dubium non esse. Proxima sunt ea, quæ extra dominii aut quasi dominii ius posita, tamen ad ius defuncti ita pertinuerunt, ut nihilominus ad ea persequenda haberet specialem in rem actionem. Cuiusmodi sunt res pignori obligatæ defuncto, quarum nomine est hypothecaria actio in rem. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Res bona fide possessæ, de quibus est in rem actio Publiciana, §. *namque Inst. eod.* Cum sit antem hereditatis successio non in dominum tantum, sed & in omne ius defuncti, ac proinde in hoc ius, *L. hereditas*, *D. de reg. iur. L. heres in omne*, *D. de acquiren. hered.* ne hic quidem dubitandum est, quin & hæ res post mortem defuncti hactenus ad hereditatem pertinentes, hactenus quoque fiant hereditariæ: quo nomine in hereditatis petitionem veniunt. *L. & non tantum*, in princ. *D. de hered. petit.* Est etiam in hoc genere tertius quidam ordo corporum eorum, quæ ab omni alio iure remota, tantummodo ad defuncti retentionem pertinuerunt, dum ad eas retinendas solum habuit exceptionem, qualia sunt, quæ cum defunctus sine caussa teneret, de his conventus aut iuravit deferente adversario ea actoris non esse, aut iudicio absolutus est. Sic enim defunctus adversus actorem consecutus est ad res retinendas exceptionem, illic iurisiurandi, hic rei iudicatæ: at non etiam ad eas persequendas actionem in rem. Non enim si iuratum, pronuntiatumve est, petitoris rem non esse, ideo efficitur esse possessoris. Etiam in hanc exceptionem & retentionem ut in reliqua iura successio est. Quo efficitur similiter, ut in superioribus rebus ad ius defuncti pertinentibus, ut hæ quoque mortuo possessore hac de caussa fiant hereditariæ. Unde & de his petitionem hereditatis nasci placuit ad eas ultro persequendas ab eo qui eas pro herede tantum, prove possessore possideat. *d. L. & non tantum*, §. 1.

V. Ex his corporibus quæ olim a defuncto habita sunt, quædam sunt, ut dixi, ita ab illo habita, ut in iure & bonis eius non essent, pertinuerint tamen ad periculum eius, quæ res in usu iuris magis dicuntur esse ex bonis. *L. 2. §. in hac actione*, *D. de vi bon. rap.* Eiusmodi sunt res olim commodatæ defuncto, aut apud eum depositæ: in quibus ille custodiam ex bona fide naturæ contractus congruentem debuit, ut si quid in his præter bonam fidem periisset, deminutumve esset, periculum esset defuncti. Hæ quoque vel ob hoc periculum mortuo decessore fiunt hereditariæ. Nam & huius periculi successio est, ut non minus hæ res ad custodiam & fidem heredis pertineant. Ideo placet non minus & has in petitionem & restitutionem huius iudicii venire. *d. L. & non tantum*, in pr. *de her. pet.* Sed qua ratione fieri dicemus, ut hæ res mortuo eo, apud quem prius erant, hereditariæ fiant; cum hereditatis id solum sit, quod defunctus habuit tempore mortis: *d. L. hereditas*, *D. de reg. iur.* non videatur autem defunctus in his quidquam habuisse? Immo habuit in his defunctus & com-

1) Vult. in §. *actionum* 28. (*ipsi* 25.) *l. de act. n.* 73. requiri scribit, ut res quæ petuntur, fuerint tempore mortis eius, de cuius hereditate quæritur vel iure dominii, vel possessionis, vel defensionis. Falluntur igitur & fallunt, qui in petitionem non venire volunt, nisi res quas defunctus tempore mortis possedit & reliquit. Earum vero nomine, quas tunc non possedit vel tenuit, necessariam esse rei vindicationem, vel Publicianam actionem. Nec sufficere heredi si probet titulum & possessionem defuncti, sed quod cum moreretur, possederit, vel tenuerit defunctus probandum heredi ceu caussam & fundamentum intentionis suæ, ita Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 156. Modest. Pistor. *Vol.* 1. *Cons.* 41. *n.* 8. addens non hic locum esse præsumptioni isti, qua olim dominus vel possessor etiam hodie censetur; cum ea tunc procedat quando dominium vel possessio præsentis temporis allegantur, non quando certum est alium nunc in possessione esse, & quando dominium non plane, per legitimas probationes, ostensum. Sed unde istud commentum, mirari subit! Hoccine conveniens vel consequens definitioni hereditatis: In universum ius quod defunctus habuit heres succedit. Totum igitur in hoc universale iudicium deducitur, etiam posito quod nihil penitus possederit, cum moreretur, sed res omnes ab aliis detentæ. Sed quia illud commentum ex omnibus, quæ *toto hoc Capite* traduntur, abunde convellitur, piget diutius insistere & in re manifestaria operam perdere,

& commodum & incommodum. Agebatur enim in his amittendis periculum defuncti: ergo & in retinendis commodum: quandoquidem contrariarum caussarum contraria sunt effecta. Constat autem commoda & incommoda, quæ in bonis defuncti fuerunt, mortuo eo per successionem fieri hereditaria. *L. 1. 2. 3. D. de bon. poss.*

VI. Alterum corporum hereditariorum genus est eorum, quæ a defuncto nunquam habita, post mortem eius primum hereditaria esse cœperunt. Ea sunt, quæ hereditati primum sunt quæsita. Hereditas enim nondum adita pro domino habetur; ut quibus de caussis defuncto quid acquiri potuit, hæ caussæ si hereditate iacente intervenerint, idem hereditati tanquam alteri dominæ acquiratur. *L. hereditas, 61. D. de acqu. rer. dom.* Unde necesse est, & quæ ita quæsita sunt, fieri hereditaria. Nec movebimur eo, quod hereditas dicitur esse successio in id ius quod defunctus habuit. *L. nihil, D. de verb. sig. L. hereditas, de reg. iur.* Nam & ista, quæ postea hereditati quæsita sunt, videntur a defuncto haberi ideo, quia hereditas defuncti personam sustinet. *L. in eo, §. ult. L. hereditas*, seq. *D. de acq. rer. dom.* Huius generis corporum hereditariorum quinque sunt species, quæ & ipsæ hac petitione tenentur: quæ rebus hæreditariis accesserunt; res per servos hereditarios quæsitæ; pecunia a possessore redacta ex re hereditaria; res a possessore hereditatis caussa comparatæ: item rerum hereditariarum fructus.

VII. Quæ rebus hereditariis accesserunt, fiunt hereditaria ideo, quia rebus hereditariis cohærentia, iisque cedentia, earum rerum, aut dominii partem efficiunt: quamobrem & ipsa veniunt in hereditatis petitionem. *L. item veniunt, §. non solum, D. de pet. her.* Huiusmodi sunt, quæ per alluvionem accreverunt, item usufructus rei hereditariæ, qui finitus ad proprietatem rediit.

VIII. Res per servos hereditarios quæsitas hereditati acquiri constat: & si dominus quæritur, ex cuius persona valeat, quod a servis gestum est, & cui servi acquirant, ipsa hereditas, ut dixi, domina habetur: ex cuius velut persona tota hæc acquisitio consistit. *d. L. hereditas, 61. de acq. rer. do. Inst. de stip. serv.* Sunt igitur & hæ res ex hereditate; proinde eæ, quas dicimus hereditarias: ut minime dubium sit, quin hæ in hoc iudicium veniant. *L. per servum, D. de her. pet.*

IX. Pecunia omnis ex re hereditaria redacta, quanvis non sit in fructu (nam de fructibus dicetur separatim postea) & ipsa hereditaria habetur: eoque etiam nomine venit in petitionem hereditatis: quod ex partibus intelligetur. Huius enim generis pecunia triplex est; pretium rerum ex hereditate distractarum; pœna pretii tardius soluti, quando hæc vice pretii est, & eius quod venditoris interest; *L. prædia, D. de act. em.* tum quod exactum est a debitoribus hereditariis. Atque harum pecuniarum unaquæque in ea caussa est, ut quisquis quid earum possideat pro herede vel pro possessore, placeat eum petitione hereditatis teneri: de pretiis rerum distractarum traditum in *L. quod si in diem, §. 1. L. item veniunt, §. ait senatus placere. L. sed et si, §. petitio, antep. D. de her. pet.* quibus annumerari oportet & litis æstimationem, si quis cum tanquam heres hereditatem a rei petiisset hereditariæ possessore, hanc æstimationem sit consecutus: de qua in *L. quod si in diem, §. 1. D. eod.* Nam & litis æstimatio emptionem facit. *L. 3. D. pro empt. L. 7. §. 1. D. de publ. in rem act.* De pœna pretii tardius soluti est in *L. utrum, §. ult. eod.* de pecunia a debitoribus hereditariis exacta in *d. L. quod si in diem, §. 1 d. L. sed et si, §. petitio.* Illud de pretiis rerum ex hereditate distractarum tenendum est, sic ea esse hereditaria, & venire in petitionem hereditatis, nisi re vendita evicta, aut redhibita, vel aliter inempta facta, coactus sit possessor restituere quod accepit. Sic enim non videtur pretium pervenisse ad eum, quod non permansit. Sed nec videri potest pretium venisse ab initio ex rebus hereditariis distractis, ubi aut res non fuit hereditaria, aut venditio rescissa est: hoc in *d. L. item veniunt, §. ait senatus placere.* Sint ergo pretia hereditaria illa, quæ manente emptione, & evictione cessante manserunt. At quo iure hæc hereditaria, cum neque a defuncto per successionem percepta sint, neque ab hereditate in qua prius non fuerunt? Satis intelliguntur percepta ex hereditate, quæ ex re hereditaria percepta sunt. Et certe si mercedes a colonis acceptæ, item vecturæ navium & iumentorum, quæ res ex solo usu rerum hereditariarum percipiuntur hoc ipso hereditariæ habentur, quia sunt profectæ ex parte rei hereditariæ. *L. mercedes, de her. pet.* multo magis eas pecunias hereditarias haberi oportet, quæ ex solida re hereditaria sunt profectæ: ubi scilicet pretium

tium

tium pro re ipsa tota translata accipitur, pecunia soluta pro actione tota, quæ ea præstatione remittitur. Ideo recte dictum est in oratione divi Hadriani, quæ refertur in *L. si & rem*, in fin. *D. eod.* posse existimari pretium quod ex re hereditaria distracta possessor percepit, in locum rei hereditariæ, pro qua acceptum est, [1] successisse, atque hinc quodammodo hereditarium factum. Quod de pretio dictum, & aperte ad cæteras pecunias superiores pertinet.

X. Sed notandum hic exigere nos, ut pecunia percipiatur ex re hereditaria. Quod si extrinsecus accedet, etiamsi maxime percepta sit per occationem rei hereditariæ, non tamen erit hereditaria, nec veniet in hereditatis restitutionem, sed lucro possessoris cedet. *L. item veniunt*, *§. non solum. D. eod.* Pecuniam ex re hereditaria percipi recte dixerimus, cum pro re ipsa tradita, remissave, ut in superioribus pecuniis, aut pro usu rei, ut in mercedibus rerum locatarum, pecunia permutationis quodam genere percipitur. Cum autem neque accipitur pecunia pro re ipsa hereditaria, quæ ea de caussa absit, neque pro usu eius rei locatæ, sed proficiscitur ex stipulatione tantum possessoris alterius rei obtinendæ caussa interposita; tum pecunia percipitur extrinsecus, nec est hereditaria, etsi res hereditaria illi rei querendæ, atque illi stipulationi occasionem præbuerit. Indicant id exempla *L. at ubi*, *D. de her. pet.* Possessor hereditatis vi deiectus de fundo hereditario: cum polliceretur adversarius se eum fundum intra certum diem restituturum, stipulatus ab eo est, sibi intra id tempus restitui. Ni ita restitutus esset, stipulatus est pœnæ nomine decem. Non est restitutus: pœnam commissam petiit, & hanc consecutus est. Quandocunque hereditas ab isto possessore petetur, hæc pœna non veniet in petitionem. Non enim est percepta pro prædio, aut pro usu prædii, ut quis dicat ex re hereditaria quæsitam; sed proficiscitur ex stipulatione possessoris, & hæc interposita, ut possessor restitueretur in fundum: quæ certe restitutio non est hereditaria. Item, possessor cum pro herede se gereret, & talis haberetur, egit cum debitore hereditario, & initio litis, ut olim moris erat, stipulatus est eum ad certum conditum diem iudicio sisti: ni sisteret, pœnam. Cum promissor non stitisset, possessor pœnam commissam exegit. Ne hæc quidem pœna pro re hereditaria, aut usu rei percipitur, sed ex stipulatione possessoris accedit, & ea quidem iudicio sistendi caussa interposita: quod ut fiat aut non fiat, nihil est in eo hereditarium. Sive enim fiat, nihil inde hereditati accedit: sive non fiat, nihil propterea hereditate detrahitur. Ideo recte placet ne hanc quidem pœnam hac actione peti posse, aut instituta adversus possessorem hereditatis petitione eam pœnam restitui debere: quæ sententia est *d. L. at ubi*.

XI. Res quoque hereditatis caussa comparatas & ipsas hereditarias fieri placuit, & hoc nomine in petitionem hereditatis venire: neque id solum si pecunia hereditaria emptæ sint, quod minus dubitationis habet; sed etsi non pecunia hereditaria. *L. item veniunt*, in pr. *D. de her. pet.* At quomodo hæ hereditariæ, quæ neque profectæ sunt a defuncto, neque prius fuerunt in hereditate? Incipiunt videlicet fieri hereditariæ, cum hereditatis caussa comparatæ sunt, tanquam hoc facto hereditati quæsitæ. At quo iure quærantur hoc facto hereditati? Eo iure, quo res quævis etiam per extraneam maxime personam alteri acquiritur. Quisquis enim rem aliquam alterius nomine possidet, eius rei possessionem illi acquirit, & per possessionem dominium. *L. traditio*, *§. ult. D. de acq. her. dom. §. ex his*, *Inst. per quas per. nob. acq.* Possessor autem qui rem nomine hereditatis comparavit, declarat se eam rem hereditatis nomine possidere. Quare & hoc facto una cum possessione res quoque ipsa hereditati acquiretur. Qua ratio-

[1]) Quam regulam vulgo admittunt in universalibus iudiciis solum non in particularibus, maxime personalibus *L. 21. vers. sed hoc de hered. vend. L. 48. §. ult. de furt. L. 38. §. 2. de nox. act. L. 7. in fin. Qui pot. in pig.* vid. Tiraq. *de Retr. lignag §. 32. Gl. un. n. 21.* & Moller. 1. *Semestr. 41. n. 10.* Cuiac. 2. *ad African. in L. 23. de reb. cred.* Goth. *in d. L. 48. §. ult. de furt. L.* Russard in *L. 13. §. 1. de V. S. inter opera posthuma* Donelli Iacob. Schultes *in addit.* ad Modest. Pistur. *P. 2. Q. 60.* Ant. Fab. *C. Fabr. de R. V. defin.* 5. Rationem differentiæ reddit Faber, quia in his singularibus iudiciis pretium non ex re mea est, sed propter negocium contractum percipitur *d. L. 21. de her. vend.* Sicuti & contra quod ex pretio redacto ex re vendita comparatur, non pretii, sed conventionis potestate acquiritur *L. 8. C. si quis al. vel sibi*. Hereditas autem iuris est & rem unam æque ac aliam, pretium æque ac rem, & rem ex pretio comparatam æque ac pretium complectitur. Et Cuiac *d. loc.* speciale esse in petitione hereditatis, ut pretium ex re sit hereditarium, & in iudicium veniat. Quia hac actione qui tenetur præsumitur agere veluti heres, & tenetur quoque iura & actiones præstare. Si actiones; igitur & pretium quod exegit actionis iure. In rei vindicatione vero res tantum veniunt, nec pecunia ex re mea censetur. Nec quemquam moveant, quæ contra adducit Gœdd ad *L. 14. de V. S. n. 21 & seqq.* Longe enim aliud est quærere an valor & æstimatio rei in locum rei succedat, ut ipsa re perempta præstanda sit; quod illis casibus, de quibus Gœddæus tractat, DD non negant; aliud, an pretium negotiationis. Ut temere vulgari huic distinctioni firmissime LL. citatarum fulcro subnixa ubloqui videatur, tanquam non recte perceptæ, eove sensu, quo ab auctoribus traditur, acceptæ.

ratione recte visum est res ita comparatas hereditatis fieri, etiam si non pecunia hereditaria comparatæ sint. Nam & quæ pecunia possessoris parantur, in his possessor eodem isto affectu est, ut possideat hereditatis caussa; quo ex affectu hæc acquisitio nascitur. Sed res hereditatis caussa comparatas esse oportet, ut fiant hereditariæ. Id autem fieri existimatur, si duo hæc concurrant, ut & comparentur hoc consilio, quo hereditati serviant, & consilium eventus sequatur, ut hereditati ex usu sit eas emi; ut si sint iumenta, si instrumenta colendo agro hereditario necessaria. *d. L. item veniunt*, in pr. *§. 1. de her. pet.*

XII. Quod si possessor non hereditatis caussa quid emit, sed sua, aut emit quod hereditati usui non esset, res fit eius, eoque nec venit in hereditatis petitionem: idque ita esse placet, etsi rem emerit ex pecunia hereditaria. *d. L. item veniunt, §. 1. L. sed etsi*, in pr. *eod.* Sed hoc posterius tale est, ut in eo non abs re hæsitetur. Iam enim diximus pecuniam quæsitam ex re hereditaria, puta pretium fundo hereditario distracto, fieri hereditariam, tantum ideo quia ex re hereditaria percepta est. Cur non igitur eodem modo dicimus rem ex pecunia hereditaria paratam fieri hereditariam; cum & hanc quoque verum sit quæsitam esse ex pecunia, proinde & ex re hereditaria? Et certe idem utrobique probandum esset, si ut ex re hereditaria potest pecunia percipi, sic dici posset res ulla parari posse ex pecunia hereditaria. Sed non ut prius proprie dici potest, ita & posterius. Species enim illa, ex qua pecunia confici potest, sive servatur intacta in hereditate, sive tractatur & alienatur a possessore, semper una est, & eadem, semper item certa: ut ea specie quandoque vendita, non possit dici pecunia pretii, quæ inde paratur, aliunde quam ex ea re proficisci; erat autem ea res hereditaria. Non sic pecunia in hereditate inventa. Eam simulatque possessor attingere, & ea uti cœpit, ipsa species quæ tractatur, desinit esse hereditaria, & pro ea incipit deberi genus, seu in genere tantumdem. Argumento est, quod possessor quanvis bonæ fidei, ea pecunia alienata semper eiusdem summæ nomine tanquam personali actione tenetur. *L. sed etsi lege, §. petitio, D. de her. pet.* Quod certe non fieret, nisi ea pecunia quæ prius debebatur, mansisset in hereditate; cum possessores bonæ fidei earum rerum nomine, quas sine dolo malo possidere desierunt, non teneantur. Neque vero potuit videri ea pecunia in hereditate manere, nisi prius in genere debebatur, non illa certa species nummorum, quæ alienata est. Tum autem quomodo illa pecunia, quæ pro rebus comparatis numerata est, alienata esset, & res emptas faceret possessoris, si ipsa esset adhuc hereditaria, idest aliena? Non posset: cum sciamus in emptione nummos fieri debere venditoris, ut videatur pretium illi esse solutum: *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.* venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquirantur, quam si is venditori pretium solverit ac propterea nummos eius fecerit. *§. venditæ. Inst. de rer. divis.* Quæ si ita sunt, efficitur, eum possessor hereditatis rebus hereditatis suo nomine comparatis pecuniam simul ex hereditate, unde pretium solvat, dici posse eum comparasse res ex pecunia, quæ ante hereditaria fuit, quomodo ἀναφορικῶς dici potest hereditaria: re autem vera non parasse ex pecunia hereditaria, quæ iam in illa specie quæ alienata est, desiisset esse hereditaria: sed ex pecunia alia, quæ a possessore in genere deberi cœpta, in eodem genere etiam nunc ab eo deberi, & sic in hereditate manere intelligeretur. Idemque dici posset in rebus hereditatis caussa comparatis ex pecunia hereditaria, nisi interesset hereditatis illas potius hereditati acquiri. Quod fieri cum hereditati utile est, etiam nummorum alienatio conceditur possessori, nec potest hereditas simul & res omnes sibi habere, & pretium a possessore repetere, quod in rem hereditatis versum est.

XIII. Fructus quoque rerum hereditariarum & ipsi post mortem defuncti primum fiunt hereditarii: quam ob caussam etiam in petitionem hereditatis veniunt: usque adeo, ut fructus quoque earum rerum veniant, quas defunctus pignori acceperit. *L. si quo tempore, §. 1. D. de her. pet.* Hocque illud est, quod veteres dixerunt, fructus augere hereditatem. *L. item veniunt, §. non solum*, vers. *fructus, L. sed etsi, §. ult. D. de her. pet. L. 2. C. eod.* Cur enim augent, nisi quia in numerum rerum hereditariarum recepti hunc numerum augent, atque ita hereditatem ampliorem [3] faciunt ipsi hereditarii

3) Ita &, Donello non laudato, Gasp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad A. Fab. *Tract.* 30. Q. 1. Et ideo veniunt sive petiti sint, sive non; etsi secus sit in iudicio singulari, ut est rei vindicatio, Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 8. Quia hic ob actionis generalitatem nec alias res petitas exprimere necesse est, idem ad *L.* 2. *C. h. t. n.* 11.

tarii facti? Neque vero hoc alio spectat, ut & ante attigi, quam ut intelligatur hos fructus sicut & reliquas res hereditarias hac petitione contineri, ut & explicatur in *L. ancillarum*, & sequentibus aliquot, *D. eod.* fructuum verbo, ut in reliquo usu iuris, hic intelligimus omnes obventiones omnesque reditus, qui re aliqua percipiuntur: sive ex re nascantur natura, ut animalium fœtus, agrorum sata, arborum fructus, sive ex usu rei redigantur: ut pensiones & mercedes rerum locatarum. *L. sed etsi*, *§. ult.* & *LL.* quatuor seqq. *D. de her. pet.* Ancillarum partus non habentur in fructu: sed quia non minus nascuntur ex re, si quidem ex ancillis hereditariis editi sint, non minus & ipsi fiunt hereditarii, augentque hereditatem. *L. item veniunt*, *§. non solum*, in fin. *d. L. ancillarum*, in fin. *eod.* Sic autem omnes fructus semel percepti fiunt hereditarii; ut etiam non honeste percepti, veluti pensiones ex lupanario, nihilominus ut ex re hereditaria percepti veniant in restitutionem. *L. si possessor*, *52. d. L. ancillarum*, in fin. Sane in fructibus non perceptis, placet eos non esse æstimandos, qui non honeste percipi potuerunt. *L. fructus*, *D. de rei vind.* Sed alia caussa est non perceptorum; cuius differentiæ ratio in effectu huius iudicii a me exponetur tum, cum de fructibus non perceptis a malæ fidei possessore præstandis agetur.

XIV. Illud de fructibus perceptis singulare tenendum est in petitione hereditatis sic istos omnes ex hereditate perceptos fieri hereditarios, ut quanvis a possessore bonæ fidei percepti sint, idque ante litem contestatam, aut etiam rem petitam, tamen & hac actione peti possint, & actione generaliter instituta a possessore restitui debeant. *L. post senatusconsultum*, *D. de her. pet.* Atqui hoc aliter observatur in rei vindicatione, & specialibus in rem actionibus, cum res vindicatur a bonæ fidei emptore, & similibus iustis possessoribus. *L. 2. C. eod.* Idque ex regula iurisgentium, qua placet fructus ex re aliena bona fide possessa perceptos fieri bonæ fidei possessoris. *L. bonæ fidei*, *D. de acquir. rer. dom. §. si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* Cur hoc diversum in iis possessoribus, qui petitione hereditatis conveniuntur? Optima ratione; quod constitutio superior iurisgentium non quibuslibet bonæ fidei possessoribus fructus ex re aliena perceptos attribuit, sed iis solum, qui iidem rem emerint, vel ex donatione, aliave qua iusta dominii transferendi caussa acceperint, ut diserte scriptum est in *d. §. si quis a non domino*. Non sunt autem in hoc numero ii, qui petitione hereditatis tenentur. Nam cum hi sint, qui pro herede, vel pro possessore possideant; effectum est supra istos nulla de caussa possidere: non tantum si possideant pro possessore, de quo constat; sed etiam si possideant pro herede: non quod pro herede titulus non sit iustissimus, si quis modo vere sit heres: sed quod in hac petitione eum intelligamus possidere pro herede, qui heredem quidem se dicat, sed non sit. Nullo autem iusto & vero titulo præcedente neque usucapio rei possessæ contingere bonæ fidei possessori potest, neque fructuum inde perceptorum 4 acquisitio. *L. nullo*, *C. de rei vindicat. L. ult. C. pro hered. d. §. si quis a non domino*, *Institution. de rerum division. & acquir. ear. dom.*

XV. Hæc de corporibus hereditariis. Sunt, ut proposui, & iura quædam hereditaria. Quæ & ipsa non minus hac actione peti possent ab eo, qui ea pro herede, prove possessore possideat; quæ eadem instituta generaliter hereditatis petitione ut reliquæ res hereditariæ a reo possessæ veniant in hanc petitionem. *L. regulariter*. *L. nec ullam*, *§. ult. D. de heredit. petit.* Huius generis iura tria sunt; actio quæsita hereditati; actio quæsita ipsi possessori, sed ex re hereditaria; tum servitutes aut defuncti personæ aut prædiis hereditariis iam olim debitæ. Actionem omnem ius esse constat. *Inst. de act.* in pr. Proinde & si qua actio hereditatis est, quin in ea versetur ius hereditarium, dubitari non debet. Actio in personam (nam quæ in rem est, corpora hereditaria fere sequitur, eoque & ad ea referenda est) hereditati quæritur dupliciter, uti & corpora ipsa fieri hereditaria ante diximus. Aut enim actio a defuncto descendit, aut hereditati primum acquiritur. A defun-

4) Sed hæc ratio refellitur ex *L. 45. D. de Usur.* & distinctionem, an titulum habeat bonæ fidei possessor, reprobat ipse Donellus ut *supra Lib. 4. C. 25. N. 9. sub fin.* Alia ratio Pinelli in *L. 2. C. de resc. vend. P. 3. Cap. 4. n. 61.* quod hic non æque possessor dominus fructuum fiat, ideo quia fructus augent hereditatem ut *supra h. Cap. N. 13.* eiusque corpus censentur. Quod secus est in particularibus *L. 9. §. 1. de donat.* Ad hæc in universalibus pretium succedit loco rei. Male vero Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 8.* de naturalibus tantum fructibus hic bonæ fidei possessorem teneri. Male item qui istam inter hæc iudicia differentiam non agnoscunt, censentes in rei quoque vindicatione etiam consumptorum fructuum ratione teneri possessorem bonæ fidei, quoad inde locupletior, quos refert & sequitur Hart. Pist. *Lib. 4. Q. 25. n. 4. & seqq.* Quo de aliquando alibi.

defuncto descendit, quæ defuncto primum quæsita, mortuo eo transit ad heredes, ut sunt omnes in personam actiones, exceptis iis quæ iniuriam defuncto factam persequuntur. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Atque has maxime hereditarias dici & esse inter omnes convenit. Est enim hereditas, successio in universum ius, quod defunctus habuit. *L. hereditas, D. de regul. iur.* Hæ autem actiones ex illo universo iure sunt, quod ante a defuncto habitum fuit, & in quod deinde illa fit successio. Hereditati quoque actio in personam primum acquiri potest, ut hereditatis facta non minus incipiat esse hereditaria: sicut de corporibus quoque hereditariis ante diximus. Potest autem hoc modo acquiri, & ex contractu, & ex quasi contractu, & ex maleficio. Ex contractu si quid stipulanti servo hereditario promissum sit. *Inst. de stip. ser.* in pr. Ex quasi contractu, si quis negotia hereditaria gesserit; ubi ex re ipsa nascatur hereditati negotiorum gestorum actio. *L. nam & Servus, §. 1. D. de neg. gest.* Ex maleficio, si quis ante aditam hereditatem damnum dederit in re hereditaria, aut rem aliquam hereditariam surripuerit: unde & illic legis Aquiliæ actio, & hic expilatæ hereditatis. Quid ergo de his actionibus, quod huc pertineat, dicimus? Omnes nimirum, cum sint hereditariæ, esse in ea caussa, ut possit earum nomine hereditas peti ab omnibus qui his actionibus tenentur hereditati, quos debitores hereditarios vocamus, si qui quod his actionibus præstandum est, non præstantes id quodammodo detinent, idque ideo faciunt, quod aut se ipsos heredes esse dicant, aut negent se solvere tantum ideo, quia 5 noliut: quorum prius eorum est, qui pro herede possident; posterius eorum, qui pro possessore. Hinc res a veteribus definita in hæc verba: *a debitore hereditario quasi a iuris possessore hereditatem peti posse. L.* nec ullam, *§. ult. D. de her. pet.* & additum nihil hic referre, cuius generis sit obligatio debitoris, utrum ex contractu, an ex quasi contractu, aut ex maleficio: ac ne illud quidem, cum quo primum cœperit ea obligatio quæcunque est, utrum cum defuncto, an cum hereditate nondum adita: & declaratum exemplis ex superiore partitione petitis in *L. sed utrum*, 14. *L.* seq. *L. quod si in diem*, 16. *§. 1. D. eod.*

XVI. Sed cum hic petatur hereditas, etiam hereditarium quid a debitore hereditario peti oportet. Quodnam igitur id esse dicemus? Utrum actionem? Et certe videbatur convenire hoc dici, cum hanc ipsam actionem hereditariam esse statuamus, cuius etiam nomine petitio hereditatis instituitur. At hæc minime omnium hac actione peti potest: non quod non sit maxime hereditaria, sed quia sic petitio hereditatis est de rebus hereditariis, ut fit etiam de iis, quas non possidet heres, sed alius, cum quo ideo agitur, ut possessum heredi restituat. *L. licet. D. eod.* Iam vero actionem hereditariam iure habet heres, non habet debitor, qui potius contra habetur teneturque ea actione ut duplici de caussa nulla possit esse a debitore eius actionis restitutio: tum quod non possit debitor natura restituere quod non habet, tum quod non possit restitui ei, qui eam non amisit. Quid igitur, inquam, hic petitur, quod sit hereditarium? Debitum videlicet, quod & detinetur a debitore, quandiu id non præstat, ac præstando potest restitui, & idem per actionem fit hereditarium, quia actione hereditaria continetur. Quinimmo cum omnis vis actionis posita sit in eo quod debetur: fit quodammodo, ut quandiu debitum non præstatur, ipsa sibi actio abesse, cum autem præstatur, ipsa actio plena & cum effectu sibi restitui videatur. Hoc autem iure posito, quod hereditarium specialibus in rem actionibus peti potest, puta pignus hypothecaria actione, res bona fide possessa actione Publiciana, id etiam in petitionem hereditatis venire: quod traditur in *L. & non tantum*, in princ. *D. de hered. pet.* item quodcunque speciali in personam actione ab hereditario debitore debetur, id quoque hac actione ab eo debitore peti posse: fit in summa illud, quod alibi Ulpianus generaliter definit omnes hereditarias actiones (intellige speciales, ut nominantur in *d. L. & non tantum*, in prin.) in hereditatis petitionem venire: hoc ille in *L. item veniunt, §. cum prædiximus, D. eod.* Immo vero hoc posterius, quanquam aliis verbis, re tamen ipsa nihil aliud exprimit, quam quod prioribus illis duabus sententiis separatim de utroque genere actionum comprehensum est. Recte enim dicuntur speciales actiones in petitionem hereditatis venire, cum earum actionum vis & potestas venit. Venit autem, cum instituta hereditatis petitione id omne consequitur a possessore heres, quod consequeretur, si specialibus actionibus de eadem

5) Ita & Wes. *h. t. C. n.* 25. reprobans DD. qui non aliter teneri debitorem, quam si se heredem contra contendat, ut Cacheran. *Decis.* 74. *n.* 16.

eadem re egisset. Itaque non dubitavit etiam Ulpianus hæc pro eodem usurpare, a debitore hereditario hereditatem peti posse, quæcunque esset actio, qua teneretur; & omnem istam actionem in petitionem hereditatis venire. Quod satis indicat, cum in *d. L. item veniunt*, *§. cum prædiximus*, ait se prædixisse omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire. Nam ante ab eo nihil tale dictum legimus, sed illud tantum ab omni debitore hereditario, quacunque actione teneatur, hereditatem peti posse: quod est in *d. L. nec ullam*, *§. ult. eod. tit.* Verum hoc aliis verbis tantundem valet: itaque re & sententia verborum idem prius dixerat.

XVII. Sed etsi hoc ita est, ut speciales in personam actiones ad debitum consequendum in hereditatis petitionem veniant, sciendum tamen, non per omnia eodem modo venire. Veniunt enim hac lege, ut ubique petitionis hereditatis natura servetur: idest, ut petitio hereditatis sit cum debitore hereditario tanquam cum possessore, ut est in *d. L. nec ullam*, *§. ult.* & possessore rei hereditariæ, quæ abest: & eo possessore, qui pro herede prove possessore possideat: nam hæc illius actionis natura & descriptio est in *L. regulariter*, *L. licet*, *D. de hered. petit.* Qua adiectione efficitur, ut petitione hereditatis interdum minus consequamur; nonnunquam paulo amplius, sine iniuria tamen debitoris. Ex quo inter speciales in personam actiones, & petitionem hereditatis quavis de eadem re, insignes differentiæ tres natæ sunt, hoc loco diligenter notandæ: quarum duæ priores ad minuendam vim petitionis hereditatis in hac debiti persecutione, tertia ad augendam pertinet.

XVIII. Una differentia est, quod cum debitore hereditario speciali actione agere verus heres idemque creditor potest, etsi debitor eum heredem, & creditorem non agnoscat: quia neque infitiatione, neque ullo alio debitoris facto petitio creditoris vel tolli, vel mutari potest. *L. si quis infitiatus*, *D. depo. L. debitorum*, *C. de pact.* Quod si petitione hereditatis cum debitore hereditario agatur, frustra erit hæc actio, si debitor hereditarius tantum ideo nolit [6] solvere, quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem. *L. si debitor*, 42. Hoc ideo, quia actione personali agitur cum debitore tanquam cum debitore. Verus autem hereditatis debitor non eo minus heredis debitor est, etsi neget eum heredem esse, qui vere heres est. At petitio hereditatis non est cum debitore hereditario tanquam cum debitore, sed ut dixi, tanquam cum possessore, & tali, qualem hæc petitio exigit, id est, qui pro herede vel pro possessore possideat. Solus autem debitum pro herede possidet, qui negat se ideo solvere, quia contendit se esse heredem: solus pro possessore, qui negat se soluturum, quia caussam habet, & nullam exprimit. Quorum neutrum cum dici de eo possit, qui neque se heredem dicit, & iustam hanc caussam affert non solvendi, quod dicat se nescire, an is qui agit, sit heres, paratus alioqui solvere, si id probetur; apparet eum qui id faciat, neque pro herede, neque pro possessore possidere: quo fit, ut nec teneatur hereditatis petitione.

XIX. Altera differentia est, in iis actionibus, quæ per infitiationem in lite crescunt, qualis est legis Aquiliæ de damno dato, quæ infitiatione crescit in duplum. *L. inde*, *§. pen. D. ad leg. Aquil.* Nam de hoc damno si lege Aquilia agitur, succedat pœna in duplum adversus infitiantem: si petitione hereditatis, simplum dumtaxat veniet, quantum scilicet speciali actione ab initio peteretur. *L. item veniunt*, *§. cum prædiximus*, *D. de her. pet.* Hoc rursum ideo, quod petitio hereditatis non est ex obligatione, ut tantum persequi possit, quantum actio personalis, quæ ex maleficio est: sed est solum de re hereditaria possessa, proinde de debito hereditario possesso, ut [7] quantum id est, quod abest heredi, tantum restituatur. *d. L. licet*, *eod.* Nam quod vulgo dicitur, subrogatum sequi naturam eius, in cuius locum subrogatum est; *L. si eum*, *§. qui iniuriarum*, *D. si quis caut.* huc non pertinet. Principales enim hæ actiones sunt, actio in personam de re aliqua debita, & de eadem re hereditatis petitio; ambæ ex diversis caussis natæ, illa ex obligatione, hæc a reo ex possessione; neque una in alterius locum substituitur, sed ambæ suis & propriis viribus consistunt.

XX. Tertia differentia, & hæc maxime præter cæteras notabilis: quod si quis qui hereditati debeat, in diem debitor sit, aut sub conditione, non potest cum eo agi speciali actione in personam, ante quam

6) Quia hic non hereditatis controversiam facit actori, nec ideo se heredem ait, quod alterum negat esse Goth. in *d. L.* 42. cum paratus sit solvere ubi constiterit quis sit heres. Wesenb. *h. t. C. n.* 25.

7) Vid. ad hoc Zas. *I. Singular. Resp. Cap.* 14.

quam dies venerit, aut conditio extiterit §. *omnis*, *Inst. de verb. oblig. L. cedere*, *D. de verb. signif.* At petitione hereditaris institura cum huiusmodi debitore, quia se forte heredem dicat, etiam id debitum in petitionem hereditatis veniet, ut si ante rem iudicatam dies venerit, omnimodo condemnari debeat: si autem non venerit, tamen hactenus debeat damnari, ut caveat se id debitum restituturum, cum dies venerit, vel conditio extiterit. *L. quod si in diem, in pr. D. de her. pet.* Ne sit mirum, hoc ita constitui in petitione hereditatis adversus eos, qui adhuc proprie nihil debent; præsertim cum statuantur omnia contraria in speciali de eodem debito actione. Differentiæ ratio ex superiore illa istarum actionum, quam dixi, natura ducitur. Nam cum speciali actione in personam cum debitore agitur, agitur cum eo tanquam cum debitore, & obligato. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Qui autem in diem debet, cum ab eo ante diem pecunia peti non possit, ac multo minus exigi, proprie ante diem non debet. *L. eum qui Calendis*, *§. ult. D. de verb. obl. L. debitor*, *D. de verb. signif.* Multoque minus qui debet sub conditione, priusquam conditio exstiterit. *L. cedere*, *D. de verb. sign.* At cum eadem de re agitur petitione hereditatis adversus eundem debitorem hereditarium, non agitur cum eo tanquam cum debitore, sed tanquam cum iuris & debiti possessore. *d. L. nec ullam*, *§. ult. de her. pet.* Sive autem pure, sive in diem, sive sub conditione debeat, semper verum est eum suo modo debitum, quod non præstat, possidere. Quamobrem & recte desideratur ab eo, ut quantum potest de eo debito restituere sine iniuria, tantum restituat. Ea autem est cautio, qua actor certus fiat fore, ut die veniente aut existente conditione id debitum tanquam hereditarium consequatur. Neque hic [8] adversatur *L. non quemadmodum*, *D. de iudic.* qua negatur iudicium esse posse de iis rebus, quæ nondum debitæ, postea in obligationem adventuræ sint. Nam, quod iam intellectum est, petitione hereditatis non agitur cum debitore de debiti obligatione, sed de debiti qualicunque possessione. Obligatio ante conditionem existentem nulla est: ideo recte dicitur eam in iudicium venire non posse. At possessio debiti, qualecunque id est, semper est penes debitorem, ut eam vel re, vel cautione possit restituere. Idcirco & petitione hereditatis hæc restitutio recte petitur, præstaturque vel hoc nomine maxime, quod præstatio sine debitoris damno contingit. Quod damnum si metuatur, nunquam eo usque procedet hereditatis petitio, ut id de debito consequi postulet cum iniuria debitoris, quod specialis actio non consequeretur. Et ideo cum de re debita præstanda agitur, nunquam in petitionem hereditatis plus venit, quam in specialem actionem deducitur. Meminerimus enim peti hereditatem a debitore hereditario: cui conditioni repugnat quidquam peti ab eo, quod ille non debeat. Exemplo sunt noxales actiones ex maleficiis servorum; quibus si cum domino agatur, nihil amplius debeat, quam aut præstare æstimationem, aut si malit, servum noxæ dedere. *Inst. de nox. act. in pr.* Finge ergo servum possessoris ante aditam hereditatem damnum dedisse in re hereditaria, aut furtum fecisse; ut utroque nomine teneatur dominus noxali actione ex persona servi. Si cum eo domino petitione hereditatis agi cœperit, ait Paulus ad officium iudicis pertinere & has noxales actiones: scilicet ut ii paratus sit possessor noxæ dedere servum, qui noxam nocuit, absolvatur. *L. illud*, *§. ult. D. de her. pet.* Quippe non aliud debetur speciali noxali actione. Aliter, atque si noxali iudicio condemnatus possessor defuncto conveniatur petitione hereditatis: ut sic in petitionem veniat iudicati actio, non noxalis. *L. item veniunt*. *§. idem*, *D. eod.* Sic etsi pretia rerum hereditariarum habeat servus vel filiusfamilias, & propterea hereditas petatur a domino quia servus debitor fiat, placet non aliter dominum teneri, quam si cum eo de peculio actum esset. *L. si a domino*, in pr. *D. eod.*

XXI. Actio ea quoque existimatur esse hereditaria, quæ quæsita est extraneo quidem, non hereditati: attamen ex re hereditaria. Qua de caussa & qui eam actionem habet, si pro herede aut pro possessore possidet, placet eum eo nomine petitione hereditatis teneri: quod species huius generis, de quibus sunt responsa veterum, declarant. Et isto quidem modo possessori quæri potest actio, cum ex contractu, tum ex maleficio. Ex contractu, quodcunque negotium est, quod possessor

8) Ac constitutione Zenonis, cuius mentio est in §. 33. *I. de act.* & quæ nunc est *L. 1. C. de plus petit.* restituta ex Basilicis a Cuiac. 12. *Observ.* 21. plus petitionis pœnæ hæc actio exempta. Aliter Cagnol. *ad L. lecta* 40. *de reb. cred. n.* 160. *& seqq. & n.* 180.

sor cum alio gesserit de re hereditaria. Ut, si rem hereditariam vendidit, & nondum pretium consecutus est, habet actionem ex vendito ad pretium consequendum: si rem hereditariam commodavit, habet actionem commodati ad rem repetendam: si dedit precario, habet interdictum de precario: si rem hereditariam locavit, habet actionem ex locato de mercede: si iniusto testamento iussus heres hereditatem, aut quid hereditarium restituere restituerit vitium testamenti ignorans, habet indebiti soluti conditionem. Ex maleficio, si, puta, possessor hereditatis, qui animo domini rem tenebat, deiectus sit de fundo hereditario, aut si eo prohibente, ne quid in fundo ædificaretur, nihilominus ædificatum sit, quibus de caussis acquiritur ei illic interdictum unde vi, ut restituatur eo, unde deiectus est; hic interdictum quod vi aut clam, ut quod factum est, restituatur. Et quæcunque sunt huiusmodi actiones hoc modo ex rebus hereditariis possessori quæsitæ, placet omnes hæreditarias videri: certe ab eo qui eas nactus sit, hereditatem peti posse, ut eas cedat heredi, idest, ut tanquam hereditarias restituat. *L. quod si in diem*, *§. Iulianus*, *§. idem Iulianus ait*, *§. idem Iulianus scribit*. *L. illud*, *§. actiones*, *D. de heredit. petit.* Hinc est, quod possessor qui hereditatem vendidit, dicitur omnimodo teneri petitione hereditatis, sive possidens, sive non, rem vendiderit, & sive pretium exegerit, sive non exegerit. Quippe aut pretium consecutus iam est, & pretii nomine tenetur: aut non est consecutus, & tum saltem habet actionem ad pretium consequendum; quam actionem ut cedat, hac petitione teneri eum dicimus. *d. L. quod si in diem*, *§. idem Iulianus ait*. *L. item veniunt*, *§. ait senatus*, *placere*, *D. de heredit. petit.* At quomodo hæ actiones hereditariæ, dicet aliquis, ut sic in petitionem hereditatis veniant? fatemur enim possessori ipsi esse quæsitas: unde & cum illo ita agitur, ut eas tanquam suas cedat heredi. Cur ut cedat heredi, nisi quia heres prius eas non habuit? Duæ res igitur ostendunt has actiones non esse hereditarias: primum quod nihil est hereditarium, nisi quod prius fuerit hereditatis, ac per hereditatem heredis; hæ autem actiones ideo ceduntur, quia nunquam hereditatis aut heredis fuerunt. Deinde quia nihil est hereditarium, quod non prius aut fuerit in defuncti bonis, aut sit postea hereditati primum quæsitum: has autem actiones non defuncto, non hereditati, non heredi, sed extraneo possessori primum quæsitas dicimus. Et fatendum est subtilitate iuris has actiones non esse hereditarias. Quia enim in personam sunt, sic ex contractu tribuuntur contrahenti personæ: sic ex maleficio tribuuntur ei, qui maleficio læsus est, ut iure summo ei personæ cohæreant, nec transeant ad alios. Sed caussa & origine acquirendi inspecta, æquitas iudicii, quod bonæ fidei est, facit, ut actiones esse debeant hereditariæ. Sunt enim tanquam fructus natæ ex re hereditaria. Quod si pecunia in fructu hereditatis habetur, quæ ex usu solo rei hereditariæ percepta est, ut mercedes, & pensiones rerum locatarum, atque hinc fit hereditaria, *L. mercedes*, *D. de her. pet.* multomagis ea actio in fructu hereditatis habenda est, quæ ex re tota hereditaria percepta est, ut sic & ipsa vere fiat hereditaria Sed quoniam subtilitas iuris prohibet, quæ facit, ut actio possessoris personæ acquiratur, ideo de his actionibus sic agitur petitione hereditatis, non ut recta restituantur heredi, quæ nondum proprie fuut eius, sed ut ei cedantur, cuius ex æquo & bono esse debuerant: quod eo redit denique, ut ei obliqua via, id est, per cessionem restituantur.

XXII. Restant servitutes hereditariæ, id est, personæ defuncti, aut prædiis hereditariis iam olim debitæ. Hæ si fuerunt personales, ut ususfructus, usus, habitatio, & prohibentur ab iis, qui res servientes pro herede prove possessore tanquam liberas possident: in ea caussa sunt, ut & ipsæ petitione hereditatis vindicari possint, veniantque item in hanc petitionem, sicut & reliquæ res hereditariæ. Nam cum ipsæ similiter hereditariæ sunt, tum vero est in his semper, quod ab eo qui earum controversiam facit, possit restitui; nempe 9 fructus rerum in quibus percipiendis illæ servitutes consistunt. Scribit quidem Paulus in *L. & non tantum*, *§. ult. D. de her. pet.* servitutes in restitutionem non venire. Sed hoc ab eo dictum esse de servitutibus prædiorum non solum verbi usus, sed etiam ratio ab eo addita declarat. Servitutis quidem verbum simpliciter positum in usu iuris fere semper usurpari solet de servitutibus præ-

9) Non placet. Ususfructus enim & servitutes personales, cum morte extinguantur, nec ad heredes transeant ut *supra Lib. 10. Cap. 17. &c.* quomodo in petitionem hanc venire poterunt. Nam quod aliquando ad primum heredem pervenit *d. Cap. 17. N. 5.* id irregulare est, nec sæpe frequentatur. Et in usufructu quoque patientia loco traditionis *L. 3. pr. de Usuf.*

prædiorum, ut *§. ult. Inst. de usu & hab. L. 4. D. de servit L. stipulationes non dividuntur, in pr. D. de verb. oblig.* Sed tamen in verbo generali & ambiguo posset de sententia Pauli dubitari, nisi ratio ab eo reddita de his ipsis prædiorum servitutibus eum sentire plane confirmaret. *Servitutes*, ait, *in restitutionem hereditatis non venire ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui*. At potest restitui servitutum personalium nomine. Itaque vel hac ipsa ratione personales servitutes auctore Paulo in restitutionem hereditatis vocantur. Quod si sint prædiorum servitutes hereditariæ, id est, prædiis hereditariis debitæ, iam dixi, quid de his scribat Paulus: negat, inquam, in restitutionem hereditatis venire, quia nihil eo nomine restitui possit. Ideo eum qui non patiatur heredem ire agere, propria actione conveniendum esse ait *d. L. & non tantum, §. ult.* Non negat igitur venire eas in hereditatis petitionem, quod non sint hereditariæ: sunt enim iura, & cum ea defuncti fuerint, mortuo eo, fiunt per successionem hereditaria: sed quod restitui non possint. Optima ratio. Non enim petitione hereditatis agitur tantum de rebus hereditariis, sed eo ut illæ restituantur. *L. licet D. eod.* Quo fit, ut si quid hereditarium restitui non possit, de eo inutilis sit hereditatis petitio. Sed nec minus verum est nihil esse in his servitutibus, quod possit restitui, si quidem nihil aliud quæritur, quam servitutis restitutio, qua heredi ut heredi frui liceat. Nam is quidem qui servitutem debet, patientiam præstare debet tradendæ constituendæque servituti. *L. quoties, 2. D. de servitut. L. 1. in fin. D. de servit. rust. præd.* Constituta autem iam servitute, si quis eam velut occupatam teneat, nullam habet ista patientia servitutis restitutionem. Non enim egreditur hæc patientia personam patientis, nec præstat, quominus qui hodie patitur, cras actorem servitute uti prohibeat. Habet sane propria servitutis vindicatio suam quamdam restitutionem servitutis, positam in eo, ut qui servitutem debet, caveat in futurum, neque se neque successores suos prohibituros adversarium sua servitute uti. *L. harum, D. si serv. vind.* Sed hæc cautio non est præstanda, nisi ei qui vere sit dominus prædii eius, cui debetur servitus. Non continuo autem, si quis heres est, idem est & prædii hereditarii dominus, ut antea quoque suo loco monui. Unde bene præcipit ibidem Paulus, ut si quis heredem non patiatur servitute uti, propria actione de servitute conveniatur. *d. L. & non tantum, §. ultim.* Hoc loco obiicitur *L. 1. §. quod ait prætor, aut dolo, D. quod leg.* ubi traditur, si quis legatam sibi servitutem in prædio legato sine voluntate heredis occupaverit, teneri eum heredi interdicto quod legatorum: nempe ut occupatum restituat: ad hanc enim restitutionem interdictum illud pertinet. *d. L. 1.* in pr. *quod leg.* Finge testatorem legavisse Titio ius tigni immittendi in parietem suum, aut stillicidii immittendi in aream suam. Titium mortuo testatore sine voluntate heredis immisisse tignum in parietem hereditarium, stillicidium in aream hereditariam. Hoc dicitur, heredem de hac servitute agere posse cum Titio interdicto quod legatorum, ut ius quod occupavit, restituat. Ex quo colligi dixeris etiam servitutem prædii restitui posse, & quibus actionibus id agitur, ut res restituatur, etiam his ad servitutem petendam locum esse. Sed nihil minus, quam hoc ex illo recte colligitur. Cum enim heres agit interdicto quod legatorum adversus eum, qui servitutem legatam occupavit, ut factum restituat, non petit servitutem: quam omnem potius amotam vult; sed petit libertatis pristinæ restitutionem. Utrum autem horum quis petat, ad restituendi facultatem multum interest. Servitutem suam qui petit, ei restitui nihil potest, ut ostendimus. Libertatem autem prædii persequenti, potest hæc ipsa libertas restitui, [10] sublato videlicet eo opere, quod adversus libertatem comparatum erat: puta in specie proposita tigno aut stillicidio, quod immissum erat, amoto.

XXIII. Ex his intelligitur verum esse, quod

10) Recte, & confirmat Cuiac. *Lib. 20. Pauli ad edict.* add. *§. ult.* Etsi aliter Vital. a *Var. Lect* a. *n.* 10. volens servitutes quoque in petitionem hanc venire, neque hoc negari *d. §. ult.* sed hoc dici quod in restitutionem non veniant. Nimirum ideo dici, quia cum in hoc iudicium omnia corpora & iura veniant, restitutis rebus servitutes quoque illis competentes restitutæ censeantur, per *L. 15. de pig act. L. 10. §. 1. de Usucap.* Et hoc esse quod dicitur *d. §. ult.* nihil eo nomine posse restitui. Aliter P. Grangian. *Paradox. Cap.* 28. Quæritur, An & feuda in hanc actionem veniant? Ita statuunt si feudum hereditarium, Mynf. 3. *Obf.* 67. aut tota successio feudalis, Wes. *in Par. D. h. t. n.* 11. *& ad h. t. C. n.* 29. Pruckman. *Vol. 1. Cons.* 2. *n.* 402. Alii vero etiam in non hereditario idem admittunt, Rittershus. *Lib. 3. Partit. feud. Cap* 8. *n.* 31. Ast contrarium verius, quia nihil hac de re iure feudali cautum, Hart. Pist. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 62. Et quia feuda, etiam quæ dicuntur hereditaria, non vere sunt, & ita ut res allodiales iure hereditario debentur. Nam nec de illis dispositio in ultima voluntate valet. At si vere hereditaria essent, decederet quis contra iuris communis regulas pro parte intestatus: add. Val. Guil. Forst. *Tractat. Instin. P.* 2. *Disput.* 2. *Th.* 5. *lit.* G. P. Heig *P. Q.* 25. *num.* 18.

quod supra posuimus, & res hereditarias in petitionem hereditatis venire, & venire omnes, sive corpora sint, sive iura. Solum hanc circumscriptionem esse, si modo ea res sit, quæ possit restitui, quando hanc restitutionem persequitur hereditatis petitio. Posse autem omnes, etiam hoc intellectum est, una excepta prædii servitute. Sed quemadmodum in hanc petitionem venit res hereditaria omnis; ita, ut sit hereditaria, exigimus. Neque enim nomine hereditatis peti quidquam potest, nisi aut hereditas ipsa, aut quod ad eam hereditatem pertineat, quod hereditarium vocamus. Quocirca si quid hereditarium non sit, sciemus hac petitione non teneri, etiamsi maxime sit heredis, aut debeatur heredi. Quod si hereditarium id solum est, quod aut aliquando defuncti in bonis, vel periculo fuit; aut post defuncti mortem cœpit fieri hereditatis, quod superiore partitione rerum hereditariarum cognitum est, & definitio hereditatis indicat: fit, ut si quid heres proprio iure nactus sit non ante a defuncto, aut hereditate habitum, id non veniat in petitionem hereditatis, quia non sit hereditarium. Quod moneri non eo tantum spectat, ut si quid nunquam fuerit hereditatis, & in eo aliquid quæsitum sit heredi, id hac actione peti non possit, quod sane dubitationem non habet: sed etiam ut intelligatur etsi qua res ante fuerit hereditaria, si tamen in ea quæsitum quid fuerit heredi, quod ad proprium ius heredis, non aliunde per successionem acceptum pertineret, ne id quidem in petitionem hereditatis venire. Cuiusmodi iura exsistere solent in duobus his generibus rerum: in dominio rei quondam hereditariæ, & in actionibus ex re olim hereditaria quæsitis. In dominio rei prius hereditariæ hoc modo. Nam si res a defuncto bona fide possideri cœpta sit, & is nondum ea usucapta decesserit, tamen propter actionem Publicianam quam habuit ad eam rem persequendam, fit hereditaria. *L. & non tantum*, in pr. *D. de her. pet.* Fingamus usucapionem, quæ cœperat ab herede impleiam esse, ut iam res quæ prius hereditaria fuerat, dominii iure efficiatur heredis propria. Quia hoc dominium neque a defuncto acceptum est, neque ab hereditate, eoque nec res dominii iure: [11] placet eam rem non venire in hereditatis petitionem; *hoc Paulus in d. L. & non tantum*, §. 1. idque est, quod ille pro ratione affert: *quia*, inquit, *heres idemque petitor eam vindicare potest:* hoc enim sic accipiendum est; quia heres solus eam vindicare potest, quod prius neque defunctus, neque hereditatis nomine quisquam facere potuit. In actionibus ex re olim hereditaria heredi quæsitis idem accidit, quoties aut actio de rebus hereditariis heredi non tanquam heredi, sed proprio quodam personæ iure defertur, aut ei post aditam hereditatem acquiritur. Proprii iuris actio est Calvisiana, quæ patrono de rebus in fraudem patroni a liberto alienatis competit. Sit ergo ex parte debita patronus liberto heres, & res alienatæ fuerint olim liberti defuncti, puta ab eo legatæ: tamen patronus hereditatem petere non poterit ab eo, cui libertus in fraudem alienavit. *L. quod si in diem*, §. *idem scribit*, *D.* de hered. petit. *quia*, inquit Ulpianus, *Calvisiana actione ei tenetur:* quæ scilicet patrono non ut heredi, sed ut patrono competit; ut proinde hæc patroni actio propria sit, non hereditaria, fiatque id, quod idem postea subiicit, ut qui res possidet, patroni debitor sit, non hereditarius. Actiones post aditam hereditatem quæsitæ heredi, quanvis ex re aut de re olim hereditaria, in eadem caussa sunt. Ut puta: occidit quis animal hereditarium, aut negotia hereditaria gessit; sed utrumque post aditam hereditatem. A neutro debitore peti hereditas potest: quia actio utrobique propria heredis effecta est, non a defuncto aut hereditate accepta. *L. si a domino*, 36. §. *si possessor. L. quod si in diem*, 16. §. 1. *D. de hered. petit.*

11) Et generalius rerum quarum possessionem semel adeptus heres si postea illa exciderit, nomine actionis negant, vid. *supra Cap. praeced. N.* 4.

C A P. XIV.

De fine petitionis hereditatis, deque universo huius iudicii effectu.

Duplex huius actionis finis & effectus petitori proditus: unum ex altero pendere; utrumque ex officio iudicis: huius partes esse duas. I.

1. *Ut pronuntiet petitoris esse hereditatem.* II.

2. *Ut iubeat hanc ex bono & aequo restitui petitori per victum possessorem.* III.

Status quaestionis, & divisio rerum. IV.

Victus possessor restituere debet petitori hereditarias res omnes, quas possidet iudicatae rei tempore, etsi a lite contestata coeperit possidere. V.

Occurritur obiectis. VI. VII. VIII.

Idem iuris de restituenda re possessa post contestatam litem pertinet ad actiones etiam in rem speciales, & eas in personam, quibus possessio rei locum facit. IX.

Conclusio. X.

Qui habet hereditariam rem, & pretium debet alterutrum dumtaxat restituere, & quatenus. XI.

An debeat victus possessor & illas res restituere, quas non possidet, sed habere potuit; interest qua fide possideat. Quis hoc loci bonae aut malae fidei possessor. XII. XIII. XIV.

Possessor malae fidei & ea quae non possidet, tenetur restituere, si per eum factum est quominus possideat. Accidere hoc duplici modo. XV.

1. *Si possidere desiit quocunque modo.* XVI.

Nisi tamen iusta caussa excuset. Caussae iustae quatuor, & quae. XVII.

Quid si dolo & culpa res possessas fecit deteriores. XVIII.

2. *Si quid ex rebus hereditariis acquirere possidere praetermisit dolo aut culpa. Genus eiusmodi triplex.* XIX.

1. *Pecuniae a debitoribus non exactae.* XX.

2. *Fructus hereditariarum rerum non percepti.* XXI.

3. *Usurae pecuniae hereditariae numeratae, debitae hereditati.* XXII. XXIII.

Facilis & expedita ratio conciliandi vers. diversa ratio §. *ult.* L. heres *cum priore* vers. *eiusd.* §. *& cum* L. Neque D. de hered. petit. XXIV.

Usuras vero hereditariae pecuniae, quam debet tanquam corpus, nullo modo cogitur restituere possessor malae fidei. XXV.

Quatenus ipse superiorum rerum nomine teneatur. Quaestio haec cuius utilitatis. XXVI.

An petitoris sit eligere utrum petat; an distractarum rerum pretia cum usuris; an vero res ipsas cum fructibus. Quid hoc eius intersit. XXVII.

Bonae fidei possessor post litem contestatam iisdem de rebus, & eadem conditione tenetur, ac possessor malae fidei. XXVIII.

Praeterquam in fortuito interitu rei hereditariae, & quare. XXIX.

Item in restitutione fideicommissi. Interpretatio L. in aestimationibus 48. D. de hered. petit. XXX.

Ante contestatam litem non tenetur, nisi in eo quo factus est locupletior. XXXI.

Locupletior fit aliquis modis tribus; qui sint. XXXII.

Ideo nec tenetur ex rebus hereditariis quas nunquam possedit, vel ante litem contestatam possidere desiit. Quae sint eiusmodi. XXXIII.

Item nec pretia rerum ex hereditate distractarum tenetur restituere, si ea perdidit, aut consumpsit. XXXIV.

Nec res ita ab illo distractas petitor poterit ab emptore vindicare; & quot & quibus casibus prohibeatur. XXXV.

Res hereditatis salvas integre debet restituere possessor bonae fidei, et si earum contemplatione perdiderit suas. XXXVI.

Qui bona fide dimidiam partem consumpsit hereditatis cum alio dividendae, reliquae dimidium restituere debet dumtaxat; & quare. XXXVII.

Locus Pauli in L. si a domino 36. *aut vitiatus, aut alias valde implicatus.* XXXVIII.

Summa rerum. XXXIX.

Tempora possessionis in utroque bonae, vel malae fidei possessore quae spectanda sint. XL.

Quas

Quas res possessor restituere tenetur hoc iudicio, easdem petere est ex iure petitoris. XLI.

I. REstat ad rectam institutionem actionis extremus locus, finis hereditatis petitionis, quem & petitione complecti oporteat, ut ad quem solum obtinendum actio dirigatur. Is finis duplex est; primus ac veluti intermedius, & summus, ad quem per primum illum & intermedium pervenitur. Primus est, ut quoniam nihil hic actori præstari debet nisi qui heres sit, qualem se esse intendit, ideo ante omnia sententia iudicis heres esse pronuntietur, aut quod idem est, pronuntietur hereditas ad eum pertinere. Summus finis hic, ut cum actor talis pronuntiatus erit, tum si quid de hereditate apud possessorem est, sive quid apud eum esse potuit, quod eum ex bona fide restituere oporteat, id huic heredi declarato 1 restituatur. Hos fines etiam effectus iuris sequitur. Nam ut hæc actor petit, ita etiam consequitur officio iudicis. Neque vero alia de caussa proposita est his de rebus actio, nisi ut eas res agendo per iudicem obtinere liceat. In quo iam cernitur, ut finis, ita etiam effectus huius petitionis, simul & vis ac potestas iudicii de hac petitione instituti, qua parte iudicium actorem, eiusque petitionem attingit. Sed cum hoc iudicium, uti & cætera, duos litigatores complexum sit, in quibus ius non minus eius cum quo agitur, rationem habeat ad eum recte tuendum, quam actoris; fit, ut iudicium etiam a persona possessoris suos fines, & in his suum effectum habeat. Itaque & de his etiam hoc loco a me dicetur: sed suo ordine postea. Ante de petitione actoris dicendum est, a qua initium huius iudicii nascitur. Ergo huius petitionis duo sunt illi fines, quos dixi: quos si actor consequitur officio iudicis, & in his obtinendis versatur, ut proposui, effectus actionis: omnino qui hunc effectum, id est, quid hic sit in officio iudicis ad eos fines obtinendos, noverit, idem cum effectu una & fines superiores huius actionis esse, & petitionem ad eos fines accommodatam esse debere intelliget. Quapropter quid sit in hoc officio iudicis, quod satis sit ad id omne quod hic quærimus,

Quale iudicis officium in hac restitutione, & simili alia, quæ pertinet ad omnes in rem actiones. XLII.

cognoscamus. Et si officium iudicis petitioni actoris subservit, tantumque eo præstatur, quantum iure petitum est, ut semper præstatur tantum, non amplius; *L. ult. C. de fid. lib.* necesse est officii iudicis, qui de hac petitione cognoscit, tot esse partes ad satisfaciendum actori, quot sunt ii fines, quos huic actioni ad obtinendum propositos esse diximus: nempe duas, quæ eædem petitioni respondeant. Et sunt omnino duæ hæ partes in officio iudicis, petitioni subservientes.

II. Prima hæc, ut eum qui agit, cum satis probaverit se heredem esse ante omnia iudex sententia sua declaret eum heredem videri, & ad eum hereditatem, quam suam esse intendit, pertinere. Id de petitione hereditatis, quod quidem meminerim nusquam aperte scriptum legimus. Sed aliarum in rem actionum exempla id ita etiam in hac actione servandum esse nos docent. In rei vindicatione, in qua actor rem petitam suam esse intendit, hoc primum præstat iudex, ut sententia declaret rem esse petitoris. *L. & ex diverso, si petitor, 35. §. ubi autem alienum. 1. D. de rei vindic.* Idem fit & in vindicatione servitutis. *L. sicut autem refectio, 8. §. sed si quæritur, 3. D. si servit. vindic.* Quo exemplo intelligemus idem & in petitione hereditatis desiderandum ab actore, & desideranti a iudice esse præstandum. Nam & hæc actio in rem est, in qua qui agit, similiter intendit rem petitam, id est, hereditatem, suam esse, ut initio ostendimus.

III. Cum iudex pronuntiaverit petitorem heredem esse; hic sequitur officii iudicis pars altera ad illam alteram petitionem actoris accommodata, ut sic deinde de restitutione rerum caveat, iubeatque de hereditate tantum actori restitui quantum ex bona fide faciendum esse cognoverit; nam & hanc restitutionem ad officium iudicis pertinere indicatur in *L. licet, D. de pet her.*

IV. Quo loco quærendum est, quid hic petitori restitui oporteat. In quo ne quis me putet eadem revocare, quæ ante

1) Gamez. *in L. Tauri* 45. *n.* 154. Principaliter dari hanc petitionem ut declaretur heres, in consequentiam & ex officio ut fiat restitutio. Wes. *in h. t. C. n.* 9. Duæ partes, ait, sunt petitionis, quarum altera caussa alterius, tanquam antecedens consequentis. Inde Covar. *Pract. QQ. Cap.* 12. *n.* 1. non recte petere qui ipsam solum hereditatem petit, nisi prius petierit se pronunciari heredem. Contra Wes. *Parat. h. t. n.* 12. Merchlner *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 8. *n.* 18. Cacheran. *Decis. Pedem.* 4. *n.* 12. P. Frider. *Lib.* 3. *de Contin. caus. Cap.* 23. *n.* 18. & relati a Treutl. *Vol.* 1. *Disput.* 14. *Th.* 8.

te tractavimus; non nunc simpliciter quærimus, quas res possessorem restituere oporteat. Effectum est enim satis iam supra de rebus huius actionis propriis, res hereditarias omnes, quæ quidem restitui possint, in hanc restitutionem venire, nec venire nisi hereditarias, & simul expositum, quæ essent hereditariæ: quod nunc non repetimus. Sed hoc quærimus, ex hereditariis quas possessor, quive pro possessore habetur, restituere debeat. In quo præter ea, quæ de rebus hereditariis supra diximus, duo quæruntur ad necessitatem iustæ restitutionis pertinentia. Primum an restituere debeat possessor rès omnes hereditarias, quas tempore rei iudicandæ possidet, etiamsi non possederit tempore litis contestatæ. Deinde an etiam eas, quas tunc non possidet, si eas ante habuit, aut potuit habere. De quibus omnibus si generaliter definire volumus, est hæc definitio, quam natura huius actionis nobis suggerat, quidquid harum rerum est, tantum inde possessorem restituere petitori debere, quantum ex bona fide est, id est, quantum æquum & bonum est eum præstare. Nam petitio hereditatis natura sua bonæ fidei iudicium est. *§. actionum autem, Inst. de act. L. ult.* [1] *in fin. C. de pet. her.* Bonæ fidei autem dicuntur actiones, in quibus ea invicem præstantur inter litigatores, quæ alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet. *§. in bonæ, Inst. de act.* Sed hoc adhuc incertum, quid sit hic ex bona fide, quid ex æquo & bono ad restitutionem. Quare hoc etiam restat, ut de eo amplius cognoscamus. Et cum hic de duobus generibus rerum a me propositum sit, uno earum, quæ possideantur tempore rei iudicatæ, altero earum, quæ cum non possideantur, haberi tamen possiderive potuerint; optimum erit in hac æquitate restitutionis inquirenda eundem ordinem sequi. Ideo & de utroque genere ordine & sigillatim dicemus.

V. Ac de iis rebus hereditariis, quas reus victus possidet, sic generaliter recte definiemus, quidquid est rerum hereditariarum, quod is cum quo agitur, quo tempore res iudicanda est, tenet possidet, id omne victum petitori restituere debere, non solum si illud idem tempore litis contestatæ possederit, sed etiam si postea nactus sit possessionem. Est enim utrobique ex bona fide, heredi quod hereditarium sit, restitui ab eo, qui eius restituendi facultatem habeat: nec quidquam inde apud possessorem, ad quem non pertineat, remanere. Et si quidem cum eo actum sit, qui ab initio petitionis easdem res possederit, nulla est dubitatio. Nam de his rebus petitio hereditatis competebat. *L. regulariter, L. licet.* seq. *D. de hered. pet.* Et cum petita est ab initio hereditas, simul etiam eæ res quia fuerunt hereditariæ, eadem petitione in iudicium deductæ sunt: deductæ cœperunt pertinere ad officium iudicis: ut certum fiat etiam de his posse iudicem pro potestate statuere. *L. ædiles, §. item sciendum, D. de æd. edic.* De iis dubitatio est, & vetus, quas possessor post iudicium acceptum cœpit possidere, ecquid eas etiam restituere debeat: eo quod non videantur scilicet eæ res, quarum possessio post litem contestatam accidit, in iudicium deductæ esse, eoque ad potestatem iudicis pertinere, ut mox amplius dicetur. Sed adversus hanc dubitationem vetus est & constans veterum definitio etiam res post iudicium acceptum ab eo cum quo agitur, possideri cœptas, hac actione, atque hoc iudicio restitui debere. *L. 4. L. si quæ tempore, 41. D. de hered. pet.* Adeoque id probatum est, ut quanvis ab eo petita sit hereditas, & iudicium cum eo constitutum, qui tum nihil omnino rerum hereditariarum possideret, placeat tamen quidquid est quod ex hereditate postea possidere cœperit, id venire in iudicium, & possessorem victum eo nomine condemnari debere. *L. item videndum, §. 1. D. de heredit. petit.*

VI. Sed incurrit hæc sententia in duas reprehensiones: quas hic cognoscendi & diluendi locus est. Una est in eo, quod fingi-

1) Ubi non primus Iustinianus constituit quasi ius vetus abrogans, ut sentire videtur Cuiac. 3. *Obs.* 17. *&* 17. *Obser.* 4. dum ait constitutionum esse facere bonæ fidei iudicia, exemplo hoc prolato. Et Hot. *ad §. act.* 28. *I. de act.* ne dum Tribonianus errore gravi, cuius hic arguitur ab Ant. Masa Gilebu *Tr. de Iudic. bona fidei n.* 9. & ipse Imperator lacessitur ab Ægidio Hortensio *in §. actionum* 28. *I. de act.* sed, cum res inter dissidentes hæreret partes, dubitationem Imperator sustolit, ut verba ipsa clare utrobique testantur. Ant. Fab. 14. *Coniect.* 18. qui idem olim statuisse Papinianum putat in *L. 42. de donat. mort. caus.* ubi verba *bona fidei iudicio constituto* de petitione hereditatis accipit, ut & Loriot. *Tr. de Pact. Axiom.* 45. ac Goed. *de Contr. stip. Cap.* 8. *Concl.* 1. *n.* 32. Et Paulum *L.* 38. *h. t.* In contrarium vero alios movebat defectus mutuæ præstationis, quia in hac nullum negotium geritur, nec est vicissitudo obligationis. Ea enim negotia bonæ fidei sunt, ubi contrahentes sibi invicem obstricti, quando utriusque votum est ut alter ex bona fide secum agat, Donel. *in d. §. actionum* 28. *n.* 43. *& seq.* Sed melior pars obtinuit inde, quia propius hæc accedit ad negociorum gestorum actionem. Inesse quippe videntur personales præstationes & quidem mutuæ. Quia ut reus ad pretia rerum distractarum & debita soluta, item ad res hereditatis caussa, etsi sua pecunia emptas, ut restituat tenetur, ita huic petitor ad refundendum earum pretium, Don. *d. loc.* Accedit quod universale iudicium certa formula concludi, & strictis iudiciorum regulis includi nequit, Wes. *in Par. h. t. n.* 6.

fingimus hereditatem peti posse ab eo, qui nihil rerum hereditariarum possideat, ut constituatur cum eo de hac petitione iudicium. Dicimus enim eum post iudicium acceptum incipere posse possidere res hereditarias, quas cogatur eo iudicio restituere. Quod certe nisi iudicio prius adversus eum constituto fieri non potest. Ac videamus, ne hoc falsum sit, petitione hereditatis agi posse eum eo, qui nihil hereditarium possideat. Diximus enim supra petitionem hereditatis regulariter dari adversus eum, qui rem aliquam hereditariam pro herede, prove possessore possidet. *L. regulariter*, *L. licet*, seq. *D. de her. pet.* Quod quid aliud est, quam adversus eum, qui nihil hereditarium possideat, petitionem hereditatis non dari? ac fine actione nullum esse potuit de ea iudicium. *Inst. de actio*, in pr. & §. 1. Respondeo; nihil verius, quam eum eo petitione hereditatis agi non posse, qui nihil hereditarium possideat. Sed hoc sic intelligendum est, si modo de eo conveniat inter actorem & reum, id est, si reus neget se quidquam possidere, atque ita actionem a se removeat; actor autem id agnoscat, & nihilominus pergat agere, quod dicat fieri posse, ut postea reus possideat. Tum, inquam, in re certa heres frustra agat adversus eum, quem constet ipsius confessione non possidere. *L. qui petitorio*, in prin. *L. ult. D. de rei vind.* Sed si actor reum negantem contendat possidere, ac de eo sit controversia, hic datur actio heredi, & iudicium adversus negantem constituitur, ut quæratur postea, utrum reus possideat necne: ut & fit alias, quoties reo exceptio competit, puta iurisiurandi, & controversia est, an iuratum sit. *L. nam posteaquam*, *D. de iurej.* Quod si inter moras huius probationis reus possidere ceperit, tum firmatur iudicium cœptum, & quod is possidere cœpit, 3 debebit restituere. Et certe enm reus negavit se possidere, quodammodo exceptione usus est, sed temporali, cui scilicet tandiu solum locus est, quandiu nihil possidet. Post ubi cœpit possidere nondum absolutus, exceptio temporalis tollitur: qua sublata, relinquitur adversus eum potestas iudicii, ut deinceps victus, quod possidet, sine exceptione restituere debeat.

VII. At hic exoritur altera reprehensio. Esto enim, in superiore controversia an reus possideat necne, iudicium petitionis hereditatis constitui possit adversus reum qui quid non possideat: at certe id iudicium sine exitu, eoque & inutile futurum est. Non enim videtur iudex de iis rebus restituendis statuere posse, quæ post iudicium acceptum possideri cœptæ sunt: idque hoc modo effici videtur. Non potest iudex statuere de iis rebus, quæ in iudicium deductæ non sunt: ratum est enim, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse. *L. ut fundus*. *D. com. divid.* Petita autem hereditate, & iudicio de ea re constituto, res postea possideri cœptæ in iudicium deductæ non videntur. Sic enim traditur in *L. non potest*, *D. de iud.* non posse videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit: & ideo nova interpellatione opus esse. Ergo de rebus hereditariis post litem contestatam possideri cœptis, tanquam in iudicium non deductis, iudex statuere non potest. Respondeo, ita generaliter verum esse illud, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse; ut maxime hoc ipsum confirmet de quo ambigitur, petita hereditate incipere res omnes hereditarias ad potestatem & officium iudicis pertinere: quia scilicet & hoc quoque verum est, eas una cum hereditate in iudicium deduci, sive quas reus initio litis possedit, sive quas postea ante rem iudicatam cœpit possidere: quod superiore obiectione negabatur. Idque hoc argumento evidenter demonstratur. Etenim petita hereditate, & hoc modo in iudicium deducta, ut certe aperta ista petitione deducitur, necesse est verbo communi eas res omnes deductas videri, quæ sunt hereditatis, quæve hereditate continentur; ut certe in toto semper pars inest, & cum toto in iudicium deduci intelligitur. *L. si quis cum totum*, *D. de exc. rei iud.* Porro hereditatis sunt, eaque continentur res omnes hereditariæ. Proinde una eum hereditate petita etiam res hereditariæ omnes in iudicium deduci intelliguntur: quod & traditur in *d. L. si quis cum totum*, §. *pen.* Nihil ad rem pertinet, si res non possideantur a reo tum, cum iudicium accipitur. Non enim eo minus sunt hereditariæ, nec eo minus petitæ, quia a reo non possidentur. 4 Quinetiam etsi res post iudicium acceptum non tantum possideri

3) Aliter Gomez. ut notavi *supra Cap.* 12. *N.* 13.

4) Recte. Non hic, ut in specialibus actionibus, necesse est res hereditarias designari, & specifice exprimi, sed, quia iudicium est universale, generalis hic libellus sufficit, quo heredem se declarari & res sibi restitui petit, absque ulla earum mentione. Covar. *Pract.* QQ. *Cap.* 12. *n.* 1. Menoch. *Arb. Cap.* 176. *n.* 12. Costal. *in L.* 6. *de R. V.* Achill. Personal. *b. Tr. n.* 555. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 29.

fideri cœptæ, sed etiam natæ sint, ut fructus hereditarii; tamen quia hæ fiunt hereditatis eius quæ initio petita est, videntur & ipsæ ab initio petitæ esse per hereditatem: hereditas enim petita eas postea suas factas una secum trahit.

VIII. Non obstat, quod dicitur non videri in iudicium venisse, quod post litem contestatam accidit. *d. L.* [4] *non potest, de iud.* Hoc enim sic interpretandum est, quod post litem contestatam accidit in iure petitoris. Et res ita habet: si quid actor petit, quod initio litis ad ius eius non pertinet, seu de quo illi agendi ius non est, frustra petet, & de eo iudicium non consistet, quantumvis ab initio cum diceret suum quid esse, aut sibi deberi, admissus sit ad agendum, & ius illi agendi natum sit postea: omninoque ei de iure postea nato nova interpellatione & petitione erit opus. Ut puta: decem mutua petiit quis a Titio, quæ illi mutua non dederat: ac iudicio quasi ea dedisset, accepto, postea Titio mutua dedit. Nihilominus Titius eo iudicio absolvetur: quia iudicium institutum est de ea obligatione, quæ quia initio nulla erat, non potuit in iudicium deducta videri: idque ita explicatur in *L. non quemadmodum, D. de iudic.* Quæ res facit, ut si actor mutuum illud postea secutum consequi velit, necessaria sit illi ad eam rem nova interpellatio & novum iudicium. Quod si quis petierit rem ad ius suum iam tum, cum petebat, pertinentem, ut fit, cum heres petit hereditatem suam, omnino iudicium de ea petitione consistet etiam adversus eum, qui nihil eius rei possideat, si modo dicatur possidere, eritque is exitus, ut si inter moras possidere incipiat, quod pertineat ad ius petitoris illud deductum in iudicium, id ei qui iure suum petierit, restituere debeat. Neque hic spectabimus, quid ab initio fuerit in possessione rei, aut non fuerit: quoniam actionem ex iure petitoris metimur, non ex persona possessoris, seu eius, cum quo tanquam cum possessore agitur. *L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.*

IX. Hæc sententia de rebus post litem contestatam possideri cœptis restituendis generalis est, pertinetque non ad petitionem hereditatis tantum, sed etiam ad omnes speciales in rem actiones, [6] itemque actiones in personam eas, in quibus a persona eius cum quo agitur, actioni locum facit illius possessio. Recepta est hæc sententia in rei vindicatione. *L. sin autem, §. 1. D. de rei vind.* recepta in actione ad exhibendum. *L. tigni. §. si quis non, D. ad exhib.* recepta in actione depositi adversus eum, qui sine dolo rem depositam possidere desierat, cuius possessionem inter moras iudicii recuperavit. *L. 1. §. non tantum, D. depo.* Sic & in actione de peculio adversus patrem, dominumve, cum quo actum est de peculio tunc, cum in peculio nihil haberet, sed postea cœpit habere. *L. quæsitum,* in pr. *D. de pecu.* Adversus quas sententias cum in communi caussa, eædem sint illæ obiectiones & reprehensiones, quas modo dixi, etiam adversus eas obiectiones eandem responsionem esse intelligendum est.

X. Verum est igitur, quod supra posuimus, si de rebus hereditariis quæ a victo possidentur, quæritur, omnes hoc iudicio restitui debere, etiam quas initio litis non possessas reus postea nactus est, primum quod hæ in iudicium de petitione

ne

29. *n.* 2. Mynf. *in Cap.* 8. *Extr. de probat. n.* 9. Gail. 1. *Obs.* 68. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 11. Wes. *ad h. t. C. n.* 32. *&* *n.* 43. Modest. Pist. *Vol.* 1. *Cons. n.* 17. postea scribens in executione inquiri, quid restitui debeat, cum principaliter hæc actio detur ad declarandum ius actoris, restitutio autem venit officio iudicis. Et hoc ita etsi petierit actor unius rei restitutionem *d. L.* 4. *h. t.* verbis *de qua sola controversia erat.* Quamvis non defuerint qui rebus certis libello expressis alias in iudicium deductas non videri voluerunt. Personal *d. loc. n.* 556. *& seq.* Menoch. *Cap.* 176. *n.* 7. *& seqq.* quod ad eas se restrinxisse & coangustasse actionem universalem ac effecisse iudicium singulare videatur, quodque in rebus noviter possessis reus non defensus sit, nec auditus, nec liqueat an titulo singulari eas teneat, an sit alia iusta defensionis caussa. Quos probat Covar. *Pract.* QQ. *Cap.* 12. *n.* 6. Et Gomez, *in L. Tauri* 45. *n.* 166. post varias interpretationes *d. L.* 4. expensas statuit quod in *d. L.* 4. petitio restricta sit ad unam solam rem. Sed si prius petiit se heredem declarari, quod necesse est, postea si aliæ res possideri incipiant, alium libellum, litis contestationem, iuramentum calumniæ &c non desiderari. Quia, ait, cum primus libellus sit super actione universali, & in eo iam petitum quod principaliter & iure actionis venit (nempe declaratio heredis) extenditur eius vis ad omnes res, ita tamen ut summarie eas petat actor, imploraro iudicis officio, quod is impertit post summariam cognitionem. Qua de caussa & qua sententia generalis libello conformis: Condemno te ut restituas quicquid ex hereditate Titii possides. (Qualis hic valet, etsi sententia sine certa quantitate reprobetur, cum sufficiat hic certitudo quoad ius universum. Wesenb. *h. t. C. n.* 43. Petr. Barbosa *ad tit. D. sol. matrim. P.* 3. *Rubrica n.* 44. *& seqq.*) exsecutioni, antequam processu summario liquidatio & probatio rerum hereditariarum facta, mandari nequit; non stulte facit qui res certas exprimit, ut Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 5. censet: sed imo caute & prudenter, si in libello aliisve articulis designet, & in termino probatorio probet, ut iudex certiorem sententiam ferre possit, eiusdemque expeditior sit exsecutio, Gail. *d. Obs.* 68. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 29. *n.* 3. Ubi tractat an possessor ad inventarii pariter exhibitionem, & iuramenti præstationem teneatur. Et alterutro contentum esse debere iudicatum testatur. Ut & Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 126.

5) Vid. de *d. L.* 23. *infra Lib.* 26. *C.* 4. Plane Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *Comm. Conclus. tit.* 1. *de iudic. Concl.* 3. *n.* 4. *&* 5. regulam illam non procedere vult in iudicio universali, quia natura eius ea, ut omnia includat.

6) Non tamen eadem ratione, de quo *infra Lib.* 30. *Cap.* 5. *N.* 2.

ne hereditatis deductæ sunt, ut potestati iudicis subiectæ sint: deinde quod nihil est æquius, quam rem hereditariam heredi, ad cuius ius pertinet, restitui; & restitui ab eo, qui eius restituendæ facultatem habet, ubi scilicet is hac de caussa sine ullo damno rei familiaris possit eam restituere.

XI. Sic tamen res omnes hereditariæ quas victus possidet, ab eo restituendæ sunt, dum ne sint plures aliquæ, quæ unius vice fungantur: quales si occurrent, æquum est unam restitui, & si quid est amplius in altera, quod forte consecutus sit possessor hæreditatis. Utramque autem exigi est contra bonam fidem, quæ non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides non patitur, D. de reg. iur.* Incidit autem hoc genus rerum in una hac specie, cum possessor hereditatis rem hereditariam vendidit, & pretium accepit, ac deinde eamdem rem redemit postea, ut sic eodem tempore & rem habeat, & pretium. Hic cernere est duas res hereditarias, rem, & pretium ante perceptum. Rem quidem sine dubio; quæ cum prius quam primo venderetur, hereditaria fuerit, venditione possessoris non desiit esse hereditaria: non enim is facto suo ius heredis mutare potuit. *L. debitorem, C. de pignor. L. debitorum, C. de pact. L. solvendo, D. de neg. gest.* Pretium autem ex re hereditaria perceptum, & ipsum fieri hereditarium satis supra dictum est. Num ergo possessor & rem & id pretium restituere debebit? Si res per se singulas spectamus, debebit: est enim utraque per se hereditaria. Sin ut inter se affectas, non debebit. Sane enim pretium res hereditaria est; sed ideo, quia in locum rei hereditariæ distractæ successit, ut est in *L. si & rem, D. de her. pet.* Sed & qui pretium habet, ipsa re frui videri dicitur. *L. quia, D. de usuf.* Res quoque distracta sic hereditaria est, ut qui eam habet, una etiam pretium rei habeat, quod non nisi pro re præsente præstatur. *arg. in L. Labeo & Sabinus, D. de verb. sig.* ita fit omnino, ut hæ res quanvis corpore diversæ, tamen æstimatione & vi ipsa unius atque eiusdem rei vicem obtineant: ut qui unam habet, si alteram desideret, eamdem exigere videatur. Quod cum sit contra bonam fidem: bis idem exigi, æquitas non patitur, ut heres in hac specie & rem & pretium consequatur. Quid ergo est? aut rem tantum restituere debebit possessor, aut pretium tantum. Immo rem semper, sed & ex pretio id, quod amplius ex eo consecutus est, quam quanti rem redemit, quia id possessor ex venditione rei lucratus est. Ut puta, vendidit rem viginti, & id pretium consecutus est: deinde eandem rem redemit ab homine paupere quindecim. Restituet rem, quam hereditariam esse constat, & præterea quinque, quæ præter rem, eiusque rei verum pretium in lucro habet, consecutus ea ex priore rei hereditariæ venditione: eaque sententia est *d. L. si & rem, de her. pet.*

XII. Hæc dicta sunt de iis rebus hereditariis, quas possessor victus possidet: in quibus restituendis omnes possessores pares, ut ostendimus, sive bona fide possideant hereditatem, sive mala fide: id æquitas restitutionis postulat, de qua dixi. Quod pertinet ad eas res hereditarias, quas victus non possidet, quod fuit alterum genus rerum restituendarum, de quo quæri diximus; de his ita ius est, ut si possessor habere non potuit, nunquam teneatur; si potuit, teneatur interdum, alias non teneatur: de quo ex conditione possessoris statuendum est. Nempe alia in hoc genere habita est caussa bonæ fidei possessoris, alia possessoris malæ fidei, nec aliis in rebus hæc possessorum distinctio est usurpata. Itaque postulat hic locus, ut de persona ipsa possessoris prius, sic deinde de iure restitutionis, quod servator in hoc genere rerum, quæratur.

XIII. Bonæ fidei possessor in hereditate dicitur is, qui se heredem esse existimat: sic describitur in *L. item veniunt, §. petitam,* in fin. *de hered. petit.* is se existimare heredem esse intelligitur, non continuo qui se dicit esse heredem, nec quidquam ad probationem adiicit amplius; sed qui iustam caussam habet, cur existimet hereditatem ad se pertinere, & eam caussam affert, qua se iure ita existimare doceat. Id declaratur verbis senatusconsulti, quod de petitione hereditatis factum refertur in *d. L. item veniunt, §. pridie.* Nam qui illic possessores initio dicuntur existimare se heredes esse, quod fit in prima clausula senatusconsulti, hi paulo post ita designantur, ut dicantur esse ii, qui iustas caussas habent, quare bona ad se pertinere existiment, clausula penultima. Iustam caussam quis habet, cur putet se heredem esse, cum non sit, aut ex testamento, aut ab intestato. Ex testamento; si quis se testamento heredem institutum dicat, & testamentum proferat; sed inutile, quod tamen inutile esse ignoret: puta testamentum iniustum, quo ipse institutus sit filio qui in potestate erat, præterito; sed quem iampridem mortuum esse putabat: dum autem is hereditatem vindicat

eat tanquam filius, aut non agnoscitur a possessore; aut vindicat absens per procuratorem quem possessor filii procuratorem esse non putat; vel profert testamentum ruptum postumi qui præteritus erat agnatione, sed quem natum defuncto ignorabat, dum is alibi nascitur, & ii qui se tutores dicunt, pupilli nomine vindicant hereditatem. Hæc facti ignorantia est, quæ in omnibus etiam prudentissimis iustam erroris caussam habet, ut proinde nemini noceat, *L. 2. L. vere, L. pen. D. de iur. & fact. igno.* Ab intestato iustam caussam habet idem existimandi, qui nullo testamento facto proximitatis iure hereditatem occupavit, cum quidem esset proximus cognatus defuncto, sed eum alii gradu præcederent, quos tamen venire aut tales esse ignorabat, & cum vindicarent hereditatem præsentes, non agnoscebat eos pro talibus, aut vindicabant per procuratorem, quem eorum procuratorem esse non putabat. Nam & hic facti error est similis superiori, qui ubique eamdem excusationem habet. Quid ergo, si in his caussis possessor in iure erret? Ut puta, possessor heres testamento institutus est, filio qui in potestate erat, præterito, ingrato quidem sed tamen nulla iusta caussa exheredationis adscripta præterito. Hunc scit possessor vivere, & quid testamento de eo constitutum sit videt; sed putat nihilominus testamentum valere forte iure vetere, & æquitate caussæ deceptus, quod dicat filium meritissimo summotum esse ab hereditate, ut qui olim patris vitæ insidias struxerit, quod & probare sit paratus. In iure errat; quia iure novo etiam in summis caussis ingratitudinis nihil filio præterito ingratitudo obest ad tuendum testamentum, nisi caussæ adscriptæ sint testamento. *auth. non licet, C. de lib. præt. vel exh.* Vel testamentum profertur, ubi non est adhibitus legitimus numerus testium, vel adhibiti sunt testes conditione non idonei, ut mulieres, impuberes: nihilominus possessor hæc satis esse ad testationem, eoque & testamentum valere putat. Et hic quoque in iure errat. Idem est, si cum alius præcederet agnatus, putavit potius sibi ab intestato deferri. Quærimus ergo, an in hoc iuris errore possessor hereditatis pro bonæ fidei possessore sit habendus, ut in rerum hereditariarum restitutione iure huius possessoris utatur. Movet regula iuris, qua traditur generaliter iuris ignorantiam cuique nocere seu ad deprecandam pœnam adversus scientes constitutam non prodesse. *L. pen.* in pr. & *§. pen. in fin. D. de iur. & fac. ignor.* Et placet eum prædonem, id est malæ fidei possessorem non videri, qui dolo caret, quamvis in iure [7] erret: hoc in *L. sed etsi lege, §. scire D. de her. pet.* Relinquitur igitur, ut is pro bonæ fidei possessore sit habendus. Et recte. Quod enim dicitur iuris ignorantiam cuique nocere in *d. L. pen.* sane generaliter dicitur; sed regula est, quæ & ipsa, ut fere aliæ, suas habet exceptiones. Inter quas hæc una est ducta ex re, de qua agitur, ut nulli iuris error noceat in damnis amittendæ rei suæ. Extat in *L. error. D. eod. tit.* Atqui quod quæritur, quis sit bonæ fidei, aut malæ fidei possessor in rebus hereditariis restituendis, in his solum rebus locum habet, quas reus non possidet: nam in iis quæ possidentur, omnes, ut dixi, possessores pares sunt, ut in illis rebus omnis hæc inutilis sit distinctio. Jam vero cum de iis, quæ a reo non possidentur, ab eo restituendis agitur, omnino de damno rei possessoris amittendæ agitur. Id enim agi apparet, ut quod reus de hereditate non habet, id dependat de suo, atque ita hactenus suum amittat. Merito igitur illi in hac re iuris error non nocebit, quominus pro bonæ fidei possessore habeatur, ex superiore exceptione.

XIV. Hinc iam ex contrario quis sit malæ fidei possessor, intelligitur. Est igitur malæ fidei possessor in hereditate, qui scit hereditatem ad se non pertinere: sic enim de malæ fidei possessoribus senatusconsultum loquitur, *L. item veniunt, §. pridie,* illic, *item eos, §.* cæterum, *D. de hereditat. petitio.* Et scire quis ad se non pertinere ex eo arguitur, si nullam caussam habeat possidendi. *L. sed etsi, §. quod autem ait. D. eod.* Is autem nullam habere intelligitur, non solum qui ex testamento hereditatem sibi defendens, nullum testamentum profert, quo sit institutus, aut defendens ab intestato, nullum ius sanguinis aut cognationem allegat; sed etiam qui ex caussa testati testamen-

7) Consentit præter relatos *supra Lib. 5. Cap. 14. N. 6.* Vital. 1. *Var. lect.* 24 Covar. 1. *Var. Resol.* 3 n 8. Azo *in summa* C. *h. t. n* 11. Gœd. *ad L.* 109. *de V. S. n.* 5. *&* 6. Diff. præter illic citatos in his terminis nostris hac de re disceptans Pinel. *in L. 2. C. de rescind. vend. P. 2. & 4. n. 31. & seqq.* Ubi *n. 34. & seq.* errorem iuris nec ad acquisitionem fructuum prodesse statuit. Et in *d. §. 6.* non hoc velle IC. quod error is a restitutione fructuum excuset, sed a nomine & pœna prædonis, quod levius est, ne scilicet teneatur de fructibus percipiendis. Si quis tamen erraverit iure dubio, eum similem esse errori facti scribit ibid. *n. 40. ær.* Quæ nunc non expendo.

ſtamentum profert, ſed iniuſtum filio præterito, aut ruptum poſtumi agnatione, neque hæc accidiſse, aut ex his cauſſis inutile eſse teſtamentum ignorat: ab inteſtato autem, qui iure cognationis hereditatem occupavit non ignarus alium proximiorem eſse, ad quem etiam ſciat iure hereditatem pertinere. Non ſolum autem is malæ fidei poſseſsor habendus eſt, qui ab initio ſciens ſe heredem non eſse, bona occupavit: ſed etiam qui cum ab initio bona fide tanquam heres cœpiſset poſſidere, poſtea ſe heredem non eſse cognovit, & nihilominus in bonis pro herede ſe gerit. *L. ſed etſi lege*, §. *de eo autem. D. de her. pet.*

XV. Quibus de perſona & conditione poſseſsorum cognitis, iam de iure reſtitutionis adverſus iſtos videamus: quando ita propoſuimus, in iis rebus, quæ a reo non poſſidentur reſtituendis, aliam cauſſam eſse bonæ fidei poſseſsoris, aliam malæ fidei. Et quoniam in hoc genere plenior eſt præſtatio malæ fidei poſseſsoris, minor eius qui bona fide poſſidet, prioris illius præſtationis velut exceptionem aut partem continens; ideo recte atque ordine in hac reſtitutione facturi videmur, ſi de malæ fidei poſseſsoris præſtatione prius tanquam de pleniore, poſt deinde de præſtatione bonæ fidei poſseſsoris tanquam de prioris exceptione, aut parte poſterius dicamus. De rebus igitur hereditariis, quæque hereditariæ eſse poterant, ſi quæſitæ eſsent, quas malæ fidei poſseſsor victus non poſſidet, ita ius eſt comprehenſum ſenatuſconſulto; ut qui ſcierunt bona ad ſe non pertinere, quos malæfidei poſseſsores & prædones appellamus, ii omnium rerum nomine de quibus fecerunt, quominus ex hereditate poſſiderent, etiamſi ante litem conteſtatam id fecerint, perinde teneantur, & perinde condemnandi ſint, quaſi poſſiderent: ſic clauſula eſt ſenatuſconſulti in *L. item veniunt*, §. *pridie*, illic, *item eos. L. ſed etſi*, §. 1. *D. de heredit. petition.* Per poſseſsorem fieri, quominus quid ex hereditate poſſideat, quæ verba ſunt ſuperioris clauſulæ, duobus modis intelligitur. Uno, ſi quando quid poſsedit, quod poſtea poſſidere deſiit: ſic enim fit per eum, quominus habeat, quod retentum poterat adhuc poſſidere. Altero, ſi quid nunquam poſsedit quidem, acquirere tamen potuit ex rebus hereditariis, ſi curam adhibuiſset, quod ideo non poſſidet, quia non curavit admittere: qui modi in horum verborum interpretatione obiter notati ſunt ab Ulpiano in *L. ſed etſi*, §. *perinde. de heredit. petitio.* Ita etiam intelligimus duo genera eſse rerum non poſſeſsarum, quarum reſtitutio ſuperioribus verbis a malæ fidei poſseſsore exigatur. Unum earum, quas poſſidere deſiit: alterum earum, quas cum acquirere poſset, omiſit. Omnino vero utriuſque huius generis rerum nomine malæfidei poſseſsor tenetur, ut perinde omnes reſtituere debeat, eoque nomine condemnari quaſi poſſideret. Quod quale ſit, ſingulis generibus ſeparatim cognitis fiet planius, & certius.

XVI. Primum ergo de priore genere hoc ſtatuamus, malæ fidei poſseſsorem, ſi quæ prius poſseſsa poſſidere deſiit, quocunque modo deſierit, niſi quæ iuſta cauſſa eum excuſet, omnia reſtituere debere, quaſi poſſideret. Id enumeratione partium, quibus fit, ut quis deſinat, certius intelligetur. Quiſquis quid poſſidere deſinit, quod habebat, aut deſinit dolo malo, aut culpa, aut caſu fortuito. Quidquid horum factum erit, malæ fidei poſseſsorem quaſi poſſideret, teneri placet. Si dolo, conſtat. Nam per hunc maxime fit, quominus poſſideat, qui dolo & dedita opera fecit, quominus poſſideret. *L. ſed etſi*, §. 1. *D. de heredit. petit.* Sed & in omni parte iuris dolus pro poſſeſſore eſt. *L. qui dolo*, *D. de reg. iur.* Idque eſt, quod dicitur dolum præteritum in petitionem hereditatis deduci. *d. L. ſed etſi*, §. 1. §. *ſi ante*. Si culpa, idem iuris eſt. Non enim minus verum eſt per eum factum eſſe, quominus habeat, cuius culpa factum eſt, quominus haberet. *d. L. ſed etſi*, §. 1. Congruit regula iuris, quæ dictat, culpam in re quæ præſtari debeat, perpetuare obligationem. *L. ſi ſervum*, §. *ſequitur*, *D. de heredit. petit.* Si caſu res amiſsa eſt, videri poteſt poſseſsor, quanvis malæ fidei, ſuperioribus verbis ſenatuſconſulti non teneri: quoniam in caſu cui nulla culpa negligentiave, nullum denique factum omiſsumve poſseſsoris cauſsam dederit, non poſſit dici per poſseſsorem factum eſse, quominus eo caſu rem haberet. Placet tamen hoc caſu poſseſsorem malæ fidei teneri nihilominus: hac ratione, quod ſi petitor rem conſecutus eſset, diſtraxiſset, & verum pretium non perderet. *L. item veniunt*, §. *ult. D. de heredit. petit.* quod & ipſum eadem iſta ratione ſervatur in aliis actionibus adverſus malæ fidei poſseſsores, & fruſtratores debitores. *L. item ſi verberatum*, §. *ult. D. de hered. pet. L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. Neque moveri nos oportet ſuperioribus verbis ſena-

senatusconsulti. Sane enim, cui res casu fortuito amissa est, non fit per eum, quominus corpus ipsum amissum possideat. At fit per eum, quominus ipse aut petitor habeat rei pretium. Distrahere enim ipse potuit, & pretium habere; potuit & petitor re ante restituta idem consequi: quod quia factum non est, idque culpa possessoris contigit, negari non potest per eum factum esse, quominus haberetur. Quod si hoc modo fecit, quominus pretium haberet, recte etiam dicemus per eum factum esse quominus rem haberet; quoniam pro re est pretium. Unde illa, eum videri re frui qui pretio fruitur: *L. quia, D. de usufruct.* & contra, cui pretium abest, & rem abesse videri. *L. Labeo & Sabinus, D. de verbor. signif.* Ut nihil aliud, certe pertinet hæc præstatio ad superiorem illam constitutionem iuris, qua dicimus culpam perpetuare obligationem. Hæc enim constitutio sic accipitur, ut culpæ verbo contineatur mora, quæ & ipsa culpæ species est; qua eadem propterea obligationem perpetuari placet, ut quidquid damni in re petita contigerit post moram, id moram passo debeat præstari. *d. L. si servum, §. sequitur, de verbor. obligat. L. item si verberatum. §. ult. de rei vindic.* Constat autem maxime præter cæteros moram facere eos, qui rem alienam mala fide possident, quam aut ab initio nec attingere, aut cognitam statim restituere debuerunt. *L. ult. D. de cond. fur. L. penult, D. unde vi.*

XVII. Sed hæc æquitate temperanda sunt. Interveniunt enim interdum iustæ caussæ, quæ possessori malæ fidei ne re amissa teneatur, quasi possideret, iustam defensionem tribuant. Cuius generis caussæ quatuor sunt. Una est, & ea maxime in promptu, si qua res sit iam ante petitori a possessore restituta. Ut puta: legitimus heres qui legatum ab herede scripto perceperat, periit postea hereditatem & evicit. Recte responsum est, si legatum quocunque modo possessori redditum non sit, officio iudicis contineri, ut victori deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas; hoc in *L. cum is qui, 44. D. de her. pet.* Sed hoc dubitationem non habet. Frustra enim petat heres sibi restitui, quod habet; frustra & inique bis idem exigat. *L. bona fides non patitur, D. de reg. iur* & si pecuniam forte de suo solvit possessor, ea tanquam impensa utilis deducetur, *L. plane, D. eod.* Illæ caussæ, quæ sequuntur, plus habent difficultatis: quæ tamen & ipsæ rei amissæ periculo possessorem liberant. Secunda igitur huius generis caussa est, si casu sine culpa possessoris res periit ita, ut etsi restituta esset, nihilominus eodem modo peritura esset petitori. *L. si plures, in fin. D. dep.* Sic res pariter interitura fuisse apud petitorem intelligitur, si & casus fatalis fuit, ut nostri vocant, seu casus divinitus nulla hominum opera immissus; & petitor rem receptam distracturus non fuerit. Casus divinitus immissus est, veluti, si ædes hereditariæ de cœlo tactæ corruerint, aut conflagrarint: si fundus casmate perierit: si pecora aut iumenta demortua sint. Et sunt sane hi casus huiusmodi, ut ubicunque res fuerit, apud petitorem æque atque apud possessorem ista eventura fuerint. Sed hoc amplius exigimus, ut petitor rem receptam ante distracturus non fuerit. Nam si fuit distracturus, atque adeo si distrahere potuit, iam ante dixi pretium petitori restitui debere. Et vero non videtur peritura res fuisse actori, si pretium eius recipere potuit, quia fuisset rem receptam distracturus, ut declaratur in *L. item si cum, §. pro ea, in fin. D. quod met. cau.* Tunc ergo vere dicitur illi peritura res fuisse, cum & corpus illi periturum fuisset iisdem casibus, & periturum pretium, quia rem non fuisset distracturus: singe minoris divitis nomine peti hereditatem, & res interiisse superioribus casibus. Possessor interitum non præstabit; quia res receptas minor distrahere non potuisset iure alienationem prohibente. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quod est æquissimum. Non enim in universa hac restitutione id agitur, ut petitor lucri aliquid faciat a possessore, sed ut ne quo damno afficiatur propter hereditatem suo tempore non restitutam. Unde ius adversus eos a quibus petita est hereditas, ita constitutum habemus, ut post acceptum iudicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit restituta esset hereditas. *L. illud, D. de hered. petit.* Constat autem petitorem ob rem non restitutam damnum non facere, si re restituta æque rem & pretium amissurus fuerit. Altera caussa est re amissa possessori male fidei liberationem afferens, si res ei iudicio sit evicta. *L. a quo servus, D. de rei vind. L. pen. D. de her. pet.* Cuius rei æquitas hæc est; primum quod isto modo æque futurum erat, ut petitori res auferretur. Deinde quia iure fit & necessario, ut quod evictum est, restituatur victori: quod iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. ad leg. Iul.*

Iul. de adult. Tertia causſa eſt, quæ rei ſaltem ipſius, & æſtimationis eius præſtatione poſseſsorem malæ fidei liberat, ſi rem diſtraxit utilitate hereditatis ita cogente. Hic pretium redactum debebit poſſeſsor, ut hereditarium, non etiam rem diſtractam cum fructibus, aut eius rei veram æſtimationem, ſi forte pluris res valeat, quam diſtracta eſt, veluti ſi æris alieni hereditarii exſolvendi cauſsa diſtraxit, cum pecunia deberetur ſub pœna vel uſuris; ſi impenſæ neceſsariæ in rem hereditariæ factæ; ſi res diſtractæ, quæ mora perituræ aut deteriores futuræ erant. *L. item veniunt, §. ſimili modo, 2. L. non ſolum, D. de hered. petit.* Hæc cauſsa manifeſtam æquitatem habet. Nam præterquam quod poſseſsor officio cogebatur hereditarias utilitates tueri, etiam hæc alienatio eſt in rem petitoris: ut pote per quam conſequatur, ut aut ne in pœnam vel uſuras incidat, aut ut res ſalvas habeat, quas alioqui eſset amiſsurus.

XVIII. Quod de rebus hereditariis in totum amiſſis diximus, id & de re ex parte deminuta, puta deteriore facta, intelligendum eſt, ut si res hereditaria dolo aut culpa malæ fidei poſſeſſoris deterior facta sit, teneatur is, quanto res deterior facta eſt: veluti si vineæ, pomaria, agri, horti præter conſuetudinem culti peiores eſſe cœperint. *L. ei qui partes hereditarias, 54. §. cum prædia urbana, ultim. D. de heredit. petit.* Nec dicet poſſeſſor ad idoneam culturam fuiſſe ſumptu opus, ſe autem eum ſumptum facere noluiſſe, aut non potuiſſe. Nam qui culpam in re tuenda curandaque præſtare debet, niſi hunc ſumptum fecerit, etiam huius culpæ reddet rationem. *L. ſi quid poſſeſſor. 31. §. illud plane prædoni, D. de heredit. petit.* Et certe re deteriore facta, non minus verum eſt, per poſſeſſorem factum eſſe, quominus rem ita ut ante, poſſideret, quam re in totum amiſſa, verum eſt, per eum factum eſſe, quominus in totum poſſideret.

XIX. Non ſolum ſi quid male fidei poſſeſſor ante poſſeſſium de hereditate poſſidere deſiit ita, ut diximus, tenetur is eo nomine, quaſi poſſideret; ſed & ſi quid cum acquirere, poſſidere poſſet, dolo aut culpa omiſit: quæ erat altera ſpecies rerum non poſſeſſarum, in quibus non minus vere dicitur per poſſeſſorem factum eſſe, quominus eas quæſitas poſſideret. *L. ſed etſi lege commiſſoria, 25. §. perinde, inquit, 8. D. de hereditat. petition.* Huius generis res ſunt, pecuniæ debitæ a debitoribus hereditariis non exactæ, fructus non percepti ex rebus hereditariis, uſuræ pecuniæ hereditariæ non perceptæ: quæ omnia ſi a poſſeſſore malæ fidei percipi potuerunt, neque percepta ſunt, eadem neceſſitate præſtationis tenentur, qua tenentur ea quæ ille ante poſſedit, aut etiam nunc poſſidet.

XX. Pecuniæ a debitoribus hereditariis non exactæ, in hac cauſſa ſunt, ſi cum eas exigere poſſet malæ fidei poſſeſſor, per eum factum eſt, quominus iam exigi poſſent, dum ſcilicet patitur aut actionis tempus exire, aut debitores pauperiores fieri, ut iam non ſint ſolvendo. Sed hoc, inquam, dum exigere potuerit malæ fidei poſſeſſor, vel a ſe, vel ab alio. *L. ſed etſi lege commiſſoria, 25. §. item ſi rem diſtraxit, D. de heredit. petition.* Quod quidem a ſe ſemper facere poteſt, ſi quid unquam hereditati debuit; ut proinde ſi non exigat in tempore, & tempore ſit liberatus ſpeciali actione, ſemper ſit, quod ei imputetur. *L. ſi pupilli tui, 6. §. videamus in perſona, ult. D. de negot. geſt.* Ab alio autem, ſi quas acquiſierit ex rebus hereditariis adverſus alium actiones, quibus ipſe ſuo nomine adverſus debitorem potuit experiri: de quibus actionibus diximus inter res hereditarias. Quod ſi poſſeſſor exigere non potuit, quod ſit cum alii fuerunt debitores hereditarii, qui iam olim defuncto, aut poſtea hereditati ipſi non poſſeſſori debere cœperant; nihil eſt hic, quod imputari poſſit etiam prædoni, cur paſſus ſit eos debitores liberari, aut fieri pauperiores. Non enim potuit eos iudicio convenire, etiam si vellet, adverſus quos nullam actionem habuit. Ideo si quid hic ceſſatione amiſsum ſit, placet ne prædonem quidem eo nomine teneri. *L. ſi quid poſſeſſor ſolvit, 31. §. illud plane prædoni, penult. D. de heredit. petit.* congruit *L. ſi pupilli tui 6. §. videamus in perſona, ultim. de negot. geſt.* Et certe apparet hunc eſse, per quem factum non ſit, quominus pecunias non exactas haberet, qui eas etiam si vellet, habere non potuit. De invitis & recuſantibus debitoribus loquor. Nam ſi debitores parati fuerint ultro ſolvere poſseſsori, & is non admisit, palam eſt tam dolo, aut culpa eius fieri, quominus pecuniam acceptam habeat: quamobrem & eo nomine teuebitur, si nomen aut nullum poſtea, aut deterius eſse cœperit. *d. L. ſed etſi lege commiſſoria 25. §. perinde, inquit, 8. de hereditat. petition.*

XXI. In eadem caussa fructus rerum hereditariarum non percepti. Fructus malæ fidei possessor ex hereditate restituere omnes debet; perceptos quidem citra controversiam, sive exstent, quia possidet; sive consumpti sint, quia per eum factum est, quominus retineret: sed non minus & non perceptos, quos ex rebus hereditariis percipere potuit: nam & debuit; ut his non perceptis non minus vere dicatur per eum factum esse, quominus eos possideret. *L. sed etsi*, *§. quod autem ait*, *D. de heredit. petition. L. 1. C. eod.* Sed hic paulo pluribus monendi sumus, quod supra attigimus leviter in fructibus hereditariis perceptis, esse in hoc genere, quod inter fructus perceptos, & non perceptos intersit. Nam quod iam tum diximus, omnis possessor & maxime malæ fidei fructus perceptos omnes restituere debet, etiam si non honeste percepti sint, veluti si pensiones perceperit ex lupanario. *L. si possessor*, 52. *L. ancillarum*, in fin. *D. de heredit. petitio.* Ex quo esse videri potest illud Africani; *cum hereditas petita est, eos fructus quos possessor percepit, omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat.* L. cum hereditas, *antep. D. eod.* Certe hoc genus maxime accidit in inhonestis istis fructibus: finge enim a possessore perceptos, petitorem autem virum honestum esse & frugi, qui nunquam commissurus esset, ut res suas prostitueret ad turpes istos quæstus, nihilominus possessor perceptos istos inhonestos fructus huic honesto petitori restituet. At fructus non perceptos eos solum restituet etiam prædo, qui honeste percipi potuerunt. Ut, si fingas lupanar fuisse in rebus hereditariis exercitum a defuncto; si tamen possesor huiusmodi quæstus non fecit; non præstabit. *L. fructus*, 33. *D. de rei vindicat.* Utrumque optima ratione. Nam in fructibus perceptis, id est, in re iam facta, spectamus id quod natura fuggerit, nempe id quod factum est. Constat autem eos fructus qui percepti sunt, vere perceptos esse, etiam si inhoneste percepti sint. Et ut percepti sunt a possessore, ita in his lucrum a possessore factum esse constat. Porro omne lucrum ex hereditate possessori etiam bonæ fidei auferendum est, *L. post senatuscon-sultum*, *D.* de heredit. petit. *ne*, inquit Hermogenianus, *honesta interpretatio* [8] *non honesti quæstus lucrum possessori adferat*, d. *L. si possessor.* 52. At in fructibus non perceptis cum natura spectare non possimus lucrum factum, quod re vera nullum factum est, quid aliud spectare possumus, quam lucrum quod fieri potuit, eoque & fructus, qui percipi potuerunt, & debuerunt? Et vero hos solos æstimandos esse dicimus. *d. L. 1. C. de petition. heredit. d. L. sed etsi lege*, *§. quod autem ait*, *D. eod.* Atqui si hoc quæritur, qui percipi possint, res expedita est; certa enim interpretatione iuris utimur, qua fit, ut solum ii percipi posse intelligantur, qui honeste potuerunt; & generaliter solum id fieri posse, quod honeste potuit: Præclare namque Papinianus, *quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram; & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec nos facere posse credendum est.* L. filius. *D. de cond. inst.*

XXII. Fructuum vicem usuræ in pecunia debita obtinent: ut quibus in iudiciis corporum fructus a possessore præstandi sunt, in iis iudiciis ob easdem caussas usuræ præstandæ sint pecuniæ debitæ. *L. usuræ vicem fructuum*, 34. *D. de usu.* Hinc illa de pretiis rerum ex hereditate distractarum: si quis sciens hereditatem ad se non pertinere distraxit, petitore pretium eligente, una & pretium & usuras pretii in restitutionem venire. *L. item veniunt*, *§. cæterum*, *§. redactæ*, *D. de hered. petit.* Item si bonæ fidei possessor rem hereditariam vendiderit, sic eum pretia solum debere ante litem contestatam, quibus solis locupletior factus est, ut si hereditas ab eo peti cœperit, atque ita ipse possessor malæ fidei fieri, exinde usuræ pretii rerum ante venditarum accedant. *L. 1. C. de petit. hered.* Cur ergo ita usuras a malæ fidei possessore exigimus? quia usuræ sunt pecuniæ ab illo tractatæ, aut ab illo principaliter deberi cœptæ velut fructus, *d. L. usuræ, de usur.* quos ideo a se exigere ut potuit, ita & debuit: si non fecit, apparet per eum factum esse, quominus haberet: ut proinde ex senatusconsulto in eamdem condemnationem veniant.

XXIII.

8) Et ratio in *d. L.* 52. cuius hæc sententia: ne si interpretemur honestum esse, ne petitor desideret inhonestum quæstum sibi restitui, hac ratione efficiamus, ut is maneat apud possessorem, quod indignum, Cuiac. 4. *ad Afric. in L.* 56. *h. t.* Nam vel utrique auferendus erit, vel si alterutri, innocenti potius dandus. Atqui honestius est inhonestos quæstus iam quæsitos cedere lucro petitoris quam possessoris. Atque sic non obstat *L.* 5. *D. de usur.* Quia horum fructuum præstatio non est inhonesta petitori, etsi perceptio fuerit inhonesta possessori, Pac. 5. Q. 41. De malæ fidei possessoris præstatione fructuum, add. Io. Copus *L.* 2. *de fruct. t.* 1. *Cap.* 1. *&* 2.

XXIII. Sed videndum est diligenter, cuius rei usuras a malæ fidei possessore hic velimus esse præstandas: nempe solum pecuniæ hereditariæ, & eius quam tractarit aut aliter hereditati tanquam pecuniam debere cœperit. Si quid aliud erit, quod possessorem restituere oporteat, eius usuras non præstabit. Primum si in restitutione est certum corpus & certa species, cuius nomine malæ fidei possessor tenetur; quanvis corpore ipso amisso res illi redeat ad æstimationem litis præstandam, tamen eo nomine usuras non debebit; ubi scilicet ita semper tenetur, quasi res exstaret. Id efficit natura usurarum, quæ pecuniæ tantum numeratæ, non certæ speciei nomine debentur. *L. 3. §. ult. D. de usur.*

XXIV. Huc referri debent Papiniani de usuris perceptorum fructuum definitiones duæ, quæ detracta hac ratione exitum apud interpretes nondum invenerunt, ut pote in speciem ineptæ aut absurdæ. Ad hanc rationem revocatæ ipsæ sibi constant, & verissimæ esse, ac cum certo de usuris iure congruere reperiuntur. Una definitio est in *L. neque, D. de usur.* in hæc verba: *Neque eorum fructuum qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras præstari oportere; neque 9 eorum, qui prius percepti quasi malæ fidei possessori condicuntur.* Loquitur utrobique Papinianus de fructibus a malæ fidei possessore perceptis. Nam & qui post litem contestatam percepti sunt, quamvis ab eo qui ante bona fide possedit, tamen a malæ fidei possessore percepti intelliguntur; quia is ut primum, saltem per litis contestationem malæ fidei possessor esse incipit: de quo postea in persona bonæ fidei possessoris. *L. sed etsi, §. si ante, D. de heredit. petit.* Hoc ergo dicit Papinianus, nullorum fructuum a malæ fidei possessore perceptorum usuras esse præstandas, sive post, sive ante litem contestatam percepti sint. Sententia verissima, sive fingamus fructus perceptos adhuc exstare, sive esse consumptos. Exstantium usuræ non debentur, quia exstantes certa specie continentur, & soli sunt in restitutione: iam autem dixi, certæ speciei usuras non esse. Si consumpti sint: tamen idem iuris est; quia ut mox dicemus, semel percepti a possessore, quanvis consumpti aut amissi, perpetuo apud possessorem exstare intelliguntur: ut quanvis eorum consumptorum nomine præstetur pecunia, tamen præstetur ipsorum fructuum nomine per consequentiam, ipsi autem fructus principaliter semper sint in præstatione. Altera definitio Papiniani exstat in *L. heres, §. ult. D. de heredit. petit.* his verbis; *fructuum post hereditatem petitam perceptorum usuræ non præstantur.* Hactenus eadem sententia, quæ & in *d. L. neque*, ut alia explicatione non egeat. Subiicit Papinianus: *Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.* Hæc vero pars & ex priore parte, & ex superiore definitione *d. L. neque.* incidit in difficultatem. Nam si de malæ fidei possessore sentit Papinianus, qui ante litem contestatam fructus percepit, ipse se refutat in *d. L. neque.* ubi aperte negat fructuum a malæ fidei possessore ante litem contestatam perceptorum usuras deberi. Idque cum generaliter definiat, tam ad petitionem hereditatis, quam ad vindicationem, aut conditionem singularium rerum pertinet; sed & ad petitionem hereditatis magis, quia cum hæc sit bonæ fidei, in ea omnia plenius adversus possessorem malæ fidei æstimantur. Sed & se satis refellit priore parte huius distinctionis, cum fructus post litem contestatam percepti non minus intelligantur percepti a malæ fidei possessore; quando possessor post id tempus malæ fidei possessor efficitur. Ipsa etiam ratio qua antea usi sumus, ultro hanc sententiam repudiat. Quandocunque enim malæ fidei possessor fructus perceperit, deinceps ipsorum corporum nomine ita tenetur, quasi perpetuo exstarent; cui plane consequens est, eorum corporum usuras deberi non posse. Sin sentit Papinianus de bonæ fidei possessore, a quo fructus percepti sint ante litem contestatam, dixerit quidem vere horum fructuum usuras non esse præstandas ab eo possessore; qui non tenetur, nisi quatenus locupletior factus est, ut dicetur postea in huius persona: sed admodum ineptum est hoc monere de usuris fructuum potius quam de fructibus; cum ne ipsos quidem fructus quanvis perceptos præstare debeat bonæ fidei possessor, si ex his factus non sit locupletior. Quid ergo est? Sic distinctio Papiniani superior interpretanda est: fructuum

9) Io. Cop. *d. t. 1. Cap.* 1. rationem hanc reddit, quia cum post litem contestatam fructus, etiam quos non percepit, restituere tenetur, in eoque oneretur, in alio succurri ei debet, ut ab usuris præstandis excusetur. Quæ apta non est, quia malæ fidei possessor etiam tenetur de iis quos ante litem contestatam percipere potuit.

ctuum post litem contestatam perceptorum, a quocunque possessore percepti sint usuræ nunquam præstantur: debentur enim semper corpora ipsa exstantia: quorum corporum [10] nullæ sunt usuræ. Diversa caussa est eorum, qui ante litem contestatam percepti sunt; sed diversa ideo, non quia istorum usuræ semper debeantur, sed quia interdum deberi possint. Certe his a malæ fidei possessore perceptis, usuræ non præstantur. Sed nec his perceptis a bonæ fidei possessore pro eo tempore quod litem contestatam antecessit. Itaque fatendum est neque de fructibus a malæ fidei possessore perceptis sentire Papinianum, neque de perceptis a bonæ fidei possessore, si eius temporis, quod litem contestatam antecessit, usuræ ab eo exigantur. Sed si fructus a bonæ fidei possessore percepti sint ante litem contestatam & consumpti ita, ut in rem eius versi sint, deinde ab eo peti cœperit hereditas: hic locus fieri incipiet usuris illorum fructuum, non ut petantur pro eo tempore quod fuit ante litem contestatam, quo tempore possessor bona fide hereditatem possedit; sed ut lite contestata exinde usuræ accedant; ut fieret in pretiis rerum a bonæ fidei possessore ante litem contestatam venditarum. *L. 1. C. de heredit. petit.* Nam & in hac specie fructuum perceptorum hoc evenit, ut iis ante litem contestatam a bonæ fidei possessore consumptis, non iam ipsorum fructuum nomine teneatur, quos non habet, sed solum debeat pecuniam, æstimationem eius, quo locupletior factus est. Cui iam pecuniæ debitæ recte usuræ accedent.

XXV. Non est satis ad usuras pecuniæ a malæ fidei possessore exigendas, pecuniam hereditariam ab eo restitui debere; sed & tanquam pecuniam numeratam ab eo deberi oportet: quod fit in pecunia hereditaria, si eam attingat, & ea utatur, aut in æstimationibus rerum, quas solas bonæ fidei possessor ante litem contestatam debere cœperit. Et ideo rebus hereditariis distractis, & pretio percepto, etiam usuræ pretii debentur, a malæ fidei possessore semper, a bonæ fidei autem possessore post litem contestatam. *L. item veniunt*, *§. cæterum*, *§. redactæ*, de heredit. petition. *L. 1. C. eod.* Quod si possessor pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat Papinianus eum omnino in usuras conveniendum. *d. L. item veniunt*, *§. Papinianus*. Scilicet quia illam pecuniam possessor, non ut pecuniam numeratam a se debitam, sed ut corpus [11] certum hereditarium, itidem ut cætera corpora omnia, quia hereditaria sunt, restituere cogitur. Quod generaliter dictum, cum & communem rationem in omnibus possessoribus habeat, non dubium, quin pertineat & ad malæ fidei possessores. Atenim, dicet aliquis, per possessorem malæ fidei fit quominus pecuniæ hereditariæ percipiat usuras, cum eam pecuniam collocare potuerit fœnori, & inde usuras redigere. Quod si ita est, etiam has usuras præstare debebit ex senatusconsulto, quod omnium rerum, quas per malæ fidei possessorem factum est, quominus haberet, præstationem possessori iniungit. Negabimus vero per possessorem fieri, quominus percipiat eas usuras; quia non fiat per eum, quominus ipsas pecunias det fœnori, unde usuras redigat. Duæ caussæ sunt, propter quas non debeat ab eo exigi, ut pecuniam in hereditate inventam det fœnori. Primum sæpe interest hereditatis, ac per hereditatem heredis pecuniam præsentem habere, & manere in hereditate ad prædia comparanda, aut ad sumptus necessarios hereditati faciendos: ut proinde sit contra utilitatem hereditatis, eoque & culpa potius, hereditatem præsente pecunia nudare. Deinde non potest possessor pecuniam mutuam dare suo nomine, nisi periculo suo, ut si forte debitores efficiantur non solvendo, res illi pereat. Nulla autem eius culpa est, si hoc periculum non vult in se suscipere. Satis est, si fidem & diligentiam præstet rebus hereditariis tuendis: non etiam ab eo exigendum est, ut in credito non hereditario ipse sibi aliunde periculum accersat. Reddita est hæc ratio in hac specie ab eodem Papiniano in *L. si navis a malæ fidei possessore, 62. D. de rei vindicat.*

XXVI Intellectum est igitur huc usque, malæ fidei possessorem in rerum ex hereditate non possessarum restitutione hoc iure esse, non solum ut teneatur earum nomine, quas ante possessas desiit possidere, sed etiam earum quas cum posset, neglexit acquirere: & demonstratum, quænam res essent, quæ his generibus ad præ-

10) Aliter Donellus noster *de Usur. C. 4.* intelligens *d. L. 15.* cum fructus petuntur ut fructus. Hic autem fructus ipsam principalem, hereditatem afficiunt, & in ea computantur; neque ut fructus, sed ut hereditas exiguntur. Aliter Achil. Personal. *Tr. de Petit. hered. n. 659. & seqq.*

11) Io. Cop. *Lib. 2. de Fruct. T. 2. Cap. 2. in fin.* nec possessorem pecuniæ hereditariæ recte dici putat, si non attigit, id est, si non fœnori locavit, vel in suos usus convertit. Atque ita differentia est præstationis fructuum & usurarum, quod non uti illic ita & hic, spectatur, an fœnerari potuerit. Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 11.*

præstationem continerentur. Considerandum ex [12] senatusconsulto, quomodo teneatur. Et verba ita sunt; *eos qui scirent bona ad se non pertinere, istarum rerum nomine perinde condemnandos, quasi possiderent*, d. L. *item veniunt in hereditatem*; 20. §. *pridie idus Martias*, illic, *item eos*. *L. sed etsi lege commissoria*, 25. §. *item si rem distraxit*. 1. *de heredit. petit.* Quibus verbis significatur, quanvis superiores res aut nunquam fuerint in rerum natura, aut esse desierint, aut possessori amissæ iam non sint apud eum; tamen perinde eas haberi adversus malæ fidei possessorem, quasi exstarent, & exstarent perpetuo apud eum donec de re iudicetur, ut sic de his tanquam de rebus ab ipso possessis condemnetur. Id in omnibus actionibus mora efficit adversus eum, qui in re præstanda, quam debuit præstare, moram facit. Hæc perpetuat obligationem omnemque præstationem rei, quæ iure iniungebatur; ut quanvis res præstanda perierit postea, tamen perinde habeatur, quasi perpetuo exstaret ad necessitatem præstationis. *L. nemo rem suam utiliter*, 82. §. *si post moram*, 1. *L. si servum stipulatus*. 91. §. *sequitur videre de eo*, 3. & §. *effectus huius*, *ult.* *D. de verbor. obligat.* *L. item si verberatum tradidit*, 15. §. *si servus petitus*, *ultim.* *D. de rei vindicat.* Ac ne forte otiose id hoc loco a nobis tam diligenter moneri quis existimet: hinc est præter rem quæ restitui debet, effectus duplex, quorum unus ad fructus rerum non possessarum pertinet, alter ad rerum ipsarum æstimationem, cum ob res non restitutas ad litem possessori æstimandam ventum est. In utroque ea veterum sententiis tradita, quæ nisi ad istum fontem revocentur, non satis intelliguntur: revocata expedita sunt. De fructibus ita res habet, Si res quæ possessori malæ fidei amissa est, perpetuo exstaret apud eum, ipse eius rei fructus non solum perceptos sed etiam quos percipere potuisset, quanvis non perceptos, restituere deberet. Sic enim fieret, si res exstans ab eo possideretur, ubi scilicet aut possideret ipsos fructus, aut per eum fieret, quominus possideret. Nec tantum restituere deberet eius anni fructus, quo res amissa est, sed & deinceps omnium annorum, qui secuti essent usque ad tempus rei iudicandæ, quia res tandiu ab eo possideretur. Idem ergo & de fructibus iudicetur rei apud malæ fidei possessorem amissæ, ut quanvis ea in rerum natura esse desierit, a qua proinde constet nullos iam fructus natura percipi posse, nihilominus ipse una cum re deperdita, seu eius æstimatione restituere debeat fructus omnes, qui ex re exstante percipi potuissent, itemque fructuum fructus, fiatque adversus eum hæc æstimatio donec de re iudicetur; quod & placuit: prius traditum in *L. item veniunt*, §. *ceterum*, §. *redactæ*, *L. illud*, §. *prædo*, *D. de hered. petit.* posterius in rei vindicatione in *L. fructus*, 33. *D. de rei vind.* sed ita, ut multo magis pertineat ad hereditatis petitionem. Æstimatio quoque rerum hereditariarum, quas malæ fidei possessor restituere debet, nec potest, qualis esse debeat; hinc pendet: finge eum res hereditarias vendidisse, & has periisse casu. Sic hæ æstimabuntur adversus eum, ut veniat in æstimationem non pretium quanti res vendidit, sed verum pretium, ut est in *L. item veniunt*, §. *ult. eod.* idest, vera æstimatio, quanti res valet. Quippe hoc ita fieret, si victus res possideret, pro quibus præstaret rerum æstimationem. Nunc autem ita condemnatur, quasi res amissas possideret. Hoc illud est, quod Iabolenus scribit in *L. in æstimationibus*, 48. *de her. pet.* his verbis: *In æstimationibus hereditariis ita venit pretium venditæ hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis caussa veniit.* Hoc enim significat, sic res venditas æstimari adversus possessorem, ut non veniat solum pretium quanti res vendidit, sed hoc amplius, quanto pluris res valuerint: hoc enim quod plus est, fuit in hereditate. Loquitur autem Iabolenus de bonæ fidei possessore, qui post litem contestatam malæ fidei possessor factus ven-

12) Quod SC. (in quo, ut hoc obiter, pro illis verbis, *Maximusque princeps propositus*, hæc reponit *Pontifex Max. Pater patriæ*, quia in notis fuerit *P. M. P. P.* Petrus Pithoe. 2. *Advers. Subsec.* 15. ne alias supervacua sint verba; *libello complexus esset*. Sed si solam voculam *esset* quæ hoc signo [] inclosa est, demas, nihil redundat nec emendationis eget locus) de hereditate quæ ad fiscum pertinet nominatim loquitur; ad privatorum tamen petitiones extensum est *d. L.* 20 §. 9. Copus *Lib.* 2. *de Fruct.* 1. 2. *C.* 9. Et loquitur SC. de partibus caducis. Sed etsi ex asse fiat, Senatusconsulto locus dicitur *d. L.* 20. §. 7. Quæ verba Cuiac. 18 *Obs.* 14. *cum seqq.* iungit, mutata vocula *idem* in *id est*, ut sensus sit: etsi tota hereditas caduca; non per legem Papiam, sicuti partes caducæ fiunt heredibus ex parte scriptis morte naturali vel civili ante apertas tabulas deficientibus: sed per L. Iuliam cum bona herede vacant vel ex delicto publicata. Sed A. Fab. 3. *Coniect.* 16. hoc modo: Non intellige, si heres ex asse mortuus ante apertas tabulas. Lex enim Papia ad hunc non pertinebat, Ulp. 1. 17. §. 1. Nec si ante aditam hereditatem decesserit; tunc enim fit caduca. Nec de ea, quæ ob delictum publicatur, nam hæc vere non est caduca, sed adimitur. Nec ut in specie *L.* 44. §. *Lucius* 2. *de Vulg. & pup.* nam nec ibi caduca est, sed indigno aufertur (hæ 3. expositiones Accursii) sed si plures heredes ex partibus scripti, omnes ante apertas tabulas decedebant: ubi locus est Legi Papiæ.

didit res hereditarias; quem ideo vult in venditione voluntaria condemnationem malæ fidei possessoris subire: in ea autem, quam possessor necessariam putet, redigi ad condemnationem bonæ fidei possessoris: de quo amplius dicam in condemnatione bonæ fidei possessoris pro eo tempore, quod sequitur litem contestatam.

XXVII. Illud etiam observandum in senatusconsulti verbis circa harum rerum condemnationem, quod eos qui scirent bona ad se non pertinere, non dicit ita teneri, ut condemnari possint quasi possiderent, sed esse condemnandos: quod verbum est necessitatis, significatque ita condemnandos esse earum rerum nomine, de quibus fecerunt, quominus possiderent, ut aliter non possint. Hæc verbi significatio in eo malæ fidei possessore, qui res hereditarias distraxit, quæstionem illam attulit, de qua videmus Ulpianum aliquot locis timide respondisse, an possit petitor desiderare sibi a possessore pretia præstari cum usuris, an vero omnimodo possessor sit condemnandus, ut præstet res distractas cum fructibus. Et hoc posterius verba exigere videntur. Ulpianus etsi verecunde, admittit tamen in hac specie electionem esse petitoris, utrum sibi præstari velit, ipsam rem cum fructibus, an pretium cum usuris. *L. item, veniunt, §. cæterum, §. redactæ, D. de heredit. petition.* Merito. Nam & pretia ex distractione rerum hereditariarum redacta hereditaria sunt. *L. si & rem, D. eod.* Constat autem venire in hereditatis petitionem res omnes hereditarias. *L. item videndum, §. ult. eod.* Neque hæc quæstio de nihilo est, quasi petitoris nihil intersit aliquando pretia potius petere cum usuris, quam res ipsas cum fructibus, qui solent esse uberiores. Sæpe enim illi expedit prius petere. Quid enim, si res propter affectionem emptoris multo pluris vendita sit, quam valebat? Quid si non pluris, sed res fuerit sterilis, quæque oneraret magis hereditatem, quam fructui esset? quis non videt hic multo utilius esse pretium accipere cum pretii fructu, idest, usuris, quam corpus rei venditæ sive æstimationem sine ullo rei fructu? quæ ratio utilitatis ad facultatem pretii huius eligendi posita est ab Ulpiano in *d. L. item veniunt, §. cæterum, §. redactæ*: Sed & fieri potest, ut res vendita casu pereat postea ita, ut eodem modo interitura esset apud petitorem: quo casu possessorem rei nomine liberari ante diximus, etsi sit malæ fidei. Quod si possessor teneretur hic solum ad rem venditam, non etiam ad pretium restituendum, eveniret, ut petitor hoc casu rem amitteret, & pretium. Quod secus fit, si & pretium petitor, prout ipsi videatur, possit petere. Sic enim re amissa pretium supererit, quod illi salvum futurum est. Et placet petitorem etiam hoc casu pretium a malæ fidei possessore consecuturum. *L. si a domino, 36. §. si prædo. L. nisi, 33. D. de her. pet.* Sed an non obstant senatusconsulti verba, quæ possessorem malæ fidei in iis quæ fecit, quominus possideret, ad res ipsas non ad aliud condemnari volunt? Sane verba, unde hæsitatio Ulpiani in *d. L. item veniunt, §. cæterum, §. redactæ*, quod & Paulus agnoscit in *d. L. si a domino, §. si prædo*: at non sententia senatusconsulti. Quod enim dicitur malæ fidei possessores ad res quas prius possederunt, aut possidere potuerunt, condemnandos; sic accipiendum est, si petitor velit, & sibi conducere existimet. Id, inquam, sententia senatusconsulti exigit, quod his rationibus duabus non obscure colligitur. Nam primum quæ hic condemnatio in rebus non possessis adversus malæ fidei possessorem constituitur, perspicuum est constitui non eius sublevandi caussa, sed coercendi. Et certe iura prædonibus non opitulantur, sed deceptis & læsis, qualis est in hac caussa petitor. *L. 2. §. 1. D. ad Vell.* Ita totum hoc constitutum est non pro reo, sed pro petitore. Quod si pro petitore, hic regula perpetui iuris ostendit, quid ei ex sententia iuris constituti liceat: nempe ei licere iuri isti pro se introducto renunciare, & ad aliud, si quod habet, se convertere, prout ipsi videbitur. *L. pen. C. de pact. L. si iudex, D. de min.* Sed & eodem senatusconsulto de bonæ fidei possessore ita cautum est, ut si is hereditatem distraxerit, pretia quæ ad eum pervenerunt, restituere debeat, etsi res distractæ deperierint postea, deminutæve fuerint. *d. L. item veniunt, §. ait senatus*, placere, de hereditatis petitione. Hinc quoque mentem senatusconsulti recte colligas, ut hoc statuatur idem & adversus malæ fidei possessorem desiderante petitore servari oportere: quia plusquam absurdum sit dici melioris conditionis esse malæ fidei, quam bonæ fidei possessorem: quod tamen futurum est, si rebus amissis pretia exigere licet a bonæ fidei possessore, a malæ fidei autem possessore non licet: quo & argumento ad hanc rem Paulus utitur in *d. L. si a domino, §. si prædo. eod.*

XXVIII. Atque hæc adversus malæ fidei possessorem præstationis necessitas est

in

in rebus hereditariis quas victus non possidet, sive eas ante possessas possidere desiit, sive cum posset acquirere, neglexit. In his ipsis rebus quatenus teneatur bonæ fidei possessor, sequitur, ut ordine cognoscamus. Alia vero, ut dixi, in hoc genere caussa est bonæ fidei possessoris. Neque tamen huius de rebus non possessis una & eadem præstatio est per omnia tempora. Aliter tenetur bonæ fidei possessor post litem contestatam, aliter ante litem contestatam. Post litem contestatam communis fere huius possessoris conditio esse incipit cum malæ fidei possessore. Qui enim prius possidebat bona fide, post litem contestatam incipit scire hereditatem ad se non pertinere: quæ malæ fidei possessoris definitio est. Inde dictum ab Ulpiano, post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi prædones teneri, *L. item veniunt*, *§. si ante*, *D. de heredit. petit.* & in eamdem sententiam a Paulo, eum qui ante petitam hereditatem bonæ fidei possessor erat, postea & ipsum prædonem esse. *L. si quid possessor*, *§. penult. eod.* Neque id servatur tantum post petitam iudicio hereditatem, id est, litem contestatam; sed & post controversiam motam extra iudicium, denique post omnem denuntiationem, qua denuntiatum sit possessori alium verum heredem esse, usque adeo, ut nihil intersit, a quo [13] ea denuntiatio processerit, utrum ab herede ipso, an vero ab alio extraneo quovis. *L. item veniunt*. *§. pridie*. illic, *petitam autem*, §. petitam. *L. sed etsi §. si ante*, *eod.* Et recte. Cœpit enim, inquit Ulpianus, scire rem ad se non pertinentem possidere is, qui interpellatur, atqui is malæ fidei possessor est. *d. L. sed etsi*, *§. si ante*. Qua ratione longius itum est, placetque etiam eum, qui scire incipit a se peti, seu alium heredem esse, etsi nemo ei denuntiavit, incipere malæ fidei possessorem esse, & eodem iure teneri. *d. L. item veniunt*, *§. petitam*. *L. sed etsi*, *§. de eod.* Sed quia ut plurimum accidit, ut possessor bonæ fidei scire incipiat hereditatem ad se non pertinere petita hereditate, & lite contestata; ideo potissimum definitio ad hoc tempus refertur. *d. L. sed etsi lege commissoria §. si ante litem contestatam*, *7. de her. pet.* Quæ si ita sunt, non iam necesse est hic ea inculcare; quæ de malæ fidei possessore ante diximus: sed generaliter recte definiemus, quæcunque sunt, quæ malæ fidei possessorem earum rerum nomine quas non possidet, præstare debere diximus, sive queratur de æstimationibus rerum amissarum, sive de fructibus tum perceptis, tum non perceptis, sive de pretiis rerum venditarum, deque usuris pecuniarum: in his exigi eadem omnia a bonæ fidei possessore post litem contestatam, quin immo & post interpellationem solam. Indicant exempla. *L. item veniunt*. *§. redactæ*. *L. si quid possessor*, *§. pen.* *D. de heredit. petit.* *L. 1. C. eod.*

XXIX. Quod tamen non est perpetuum. Interdum & post litem contestatam bonæ fidei possessor bonæ fidei præmium retinet, distatque a malæ fidei possessore in præstatione earum rerum, quas non possidet. Idque ex eo accidit, quod malæ fidei possessor is est, qui scit hereditatem ad se non pertinere. Non semper autem bonæ fidei possessor in ea caussa est, ut per litem contestatam id certo scire incipiat. Et vero non incipit, cum iuste ad iudicium provocat: unde & tunc moram facere non putatur: *L. si quis solutioni*, *D. de usur.* quam tamen a malæ fidei possessore semper fieri certum est. *L. in re*, *§. 1. L. ult. D. de cond. fur. L. ult. D. de vi.* finge possessorem hereditatis eum esse, qui nisi alius auferret ei hereditatem, futurus esset heres,

13) Quod moribus contra Senatusconsulti verba obtinuisse hic, ob exuberantiam bonæ fidei, ut prima denunciatione mala fides inducatur & æstimetur, scribit Wesenb. in *h. t. C. n.* 45. & probat Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 28. *n.* 24. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 27. *n.* 6. quia in bonæ fidei iudiciis liberior iudicis potestas, reprobata ea quod hic reus possessor titulo carens facilius in mala fide constituatur. Aliter Sich. in *L.* 4. *C. h. t. n.* 9. & 10. id inde, quia in universalibus iudiciis quælibet controversia mota habeatur pro lite contestata, idcinque efficiat quod litis contestatio in iudicio singulari. Unde post quanvis denunciationem etiam extraiudicialem res quæ in hanc actionem veniant, vitio litigiosi affici censet, ut alienari nequeant. Neutrum placet. Nihil imo hic speciale quoad inducendam malam fidem. Ubicunque enim quis rem alienam ignarus tenet, ubi scientia iniustæ possessionis accedit, necesse est uti conscientia læditur, ita malam fidem induci, nec ullo iure aliter caveri potest, cum ius civile ea quæ facti sunt, & naturalia ac in animo consistentia, mutare nequeat, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 24. *N.* 5. Quare & qui bona fide initio possedit, rei vindicatione conventus, tenetur quoque de fructibus ante litem contestatam perceptis, ex die, quo primum rei alienæ certam notitiam habere cœpit, si is lite contestata anterior: Tametsi fructus illi speciali actione petendi sint, ut *infra Lib.* 20. *C.* 5. *ibi. Petuntur autem hi fructus &c.* Minus probatur illud Sicherdi de vitio litigiosi Neque enim convenit hoc iudicio universali, ubi principaliter ius ipsum successionis petitur; res vero singulares in consequentiam: & ubi quoad has certe actoris ius imbecillius, quam in rei vindicatione, facilius in hac rem litigiosam fieri. Quin & nomen ipsum *litigiosi* resistit, cum ante iudicium acceptum *lis* proprie non dicatur. Taceo quod litigiosa res dicitur de cuius dominio caussa movetur, *Auth. litigios. C. de litig. &c.* Plane si de anteriore interpellatione non liqueat, saltem a die emissæ citationis vel exhibiti libelli, in hoc iudicio fructuum ratio habetur vid. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 28. Etsi Cuiac. 20. *Obs.* 35. post controversiam motam, uno tantum casu possessores pares esse, (si desinant possidere) post litem autem contestatam in plurimis.

rei, eum autem qui hereditatem vindicet, possessori ignotum, quem ideo possessor non putet ius petendi habere, puta filium aut cognatum proximum non esse, qualem se esse intendit, quia actor diu absuerat, nec possessor eum prius viderat; finge per procuratorem hereditatem peti eius filii nomine qui proponatur iuste esse exheredatus; heredem autem scriptum non putare eum qui agit filii esse procuratorem. Eum possessorem qui in hac ignorantia ad iudicium provocet, iure facere, nec in mora esse convenit. *L. quod te*, *D. si cer. pet. L. si quis inficiatus*, *D. dep.* Si quis ergo proponatur talis bonæ fidei possessor, placuit eum etiam post litem contestatam a malæ fidei possessore distare: non sane per omnia; sed æquitatis ratione duabus his in rebus; in interitu fortuito rei hereditariæ, & in fideicommissi quo se oneratum putet restitutione. In interitu rei hoc modo. Nam si post litem contestatam mancipia, aut iumenta, aut pecora casu deperierint, placet prædonem & malæ fidei possessorem damnum præstare debere: bonæ fidei possessorem, qui iuste ad iudicium provocarit, non debere: quia iniquum sit cogi eum propter metum huius periculi indefensum ius suum relinquere. 14 Hoc Paulus in *L. illud*, *D. de heredit. petit.* Recte. Nam periculi interitus præstatio moræ pœna est. *L. item si verberatum*, *§. ult. D. de rei vindicat.* quam moram quia malæ fidei possessor semper facit, ideo æquum est & eum re perempta perpetuo teneri. *d. L. ult. de cond. fur. d. L. ult. de vi.* At non item, ut dixi, moram facit is, qui iudicio conventus iuste ad iudicium provocat. *d. L. si quis solutioni, de usur.* Merito igitur is propter eamdem regulam nec post litem contestatam eum casum præstabit. Ac de eo possessore Paulus loquitur, cum ait bonæ fidei possessorem non debere propter metum mortalitatis indefensum ius suum relinquere. Hoc enim non convenit, nisi in eum, qui ius se habere putat, ad cuius defensionem iuste provocat. Nam iuste ad defensionem provocare, & iuste defensionem rei suscipere, idem valent.

XXV. Etiam in fideicommissi restitutione hoc distat bonæ fidei possessor quanvis post litem contestatam a malæ fidei possessore, quod si eodem errore quo se ex testamento iusto heredem esse putabat, fideicommissum eo testamento relictum ... iudi-

14) Quia quo minus res fato intereat præstare nequit, fructus autem si non collegit, quos potuit, ipsi imputari potest, Pac. 3. Q. 37. qui tamen male generaliter docet, post litem contestatam bonæ fidei possessorem pro prædone esse quoad fructus *supra d. LL.* non autem quoad interitum rei *d. L.* 40. Nam immo *d. L.* 40. *pr.* loquitur de casibus certis quibus bonam fidem retinet. Aperte enim bonæ fidei possessores vocat. At in *L.* 31. *§. pen. h. t.* prædo dicitur. Et perbelle noster hæc distinguit, ut & Cujac. 20. *Obs.* 35. Quæ dum alii confundunt, malam fidem litis contestatione induci, sine distinctione docentes omnino falluntur. Et ita puto. Quando non evidens calumnia rei conventi apparet, in dubio conscientiam, quam initio illæsam habuit, retinere censendus est: tum, ex ratione *d. L.* 40. *in fin. pr.* tum quia mala fides indiciis perspicuis probanda, *arg. L.* 6. *C. de dolo*, tum quia interpretatio ea capienda quæ delictum excludit. Fiducia itaque iuris sui potius, quam procacitate contendere, quam cedere malle credendus est. Facit *L.* 49. *h. t.* ubi inter moras litis bonæ fidei possessor dicitur; idque ei licet, quod malæ fidei possessori non item, ut *C. seq. N.* 2. Alias quicunque iudicio aliquo reali pulsati malæ fidei obnoxii indigne reputarentur. Quin etsi inter litis moras ambigere de iure suo incipiat, modo non certo cognoscat, se litem iniustam suscepisse, nec tunc malæ fidei reus fiet. Confer *supra Lib.* 5. *C.* 17. *N.* 1. Donellus *infra h. Lib. C.* 15. *N.* 23. Io. Garzia Gallecos *de Expens. C.* 6. *n.* 3. & 4. sette Goth. *de Tutelis Electoralib. Lib.* 6. *pag.* 102. & *p.* 165. *ac seqq.* Quod vero indistincte, post litem contestatam, omnium fructuum ratione æque tenetur bonæ fidei possessor, etiam tunc cum bonam fidem retinet, id fit vi litis contestationis, quæ efficit ut omnis caussa restitui debeat *L.* 40. *pr. h. t. L.* 2. *de Usur. L.* 20. *de R. V.* ut *infra Lib.* 20. *C.* 5. *N.* 16. Atque sic ea præstatio non est pœna malæ fidei, sed ex obligatione quasi contractus iudicii accepti *L.* 3. *§.* 11. *de Peculio* Ex quibus iam nove animadverto claram facem accendi posse *L.* 25. *§. ult. D. de Usur.* mire exagitatæ, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 24. *N.* 19. & adi, præter ibi citatos, Vital. 1. *Var. Lect.* 19. *n.* 2. Io. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. T.* 4. & 5. Marq. Freh. 2. *Parerg.* 24. Cui, salvis verbis, sine ulla contortione & violatione, suus sic constabat sensus. Quod bonæ fidei emptor *intelligi* debeat, id est, præsumi in dubio pro eo haberi (uti hæc vocula accipitur in *L.* 1. *C. Quan. libel. princ. oblat.*) quandiu evictus fundus non fuerit, id est donec sententia contra eum dicta, *quoad percipiendos fructus*, ut scilicet perceptione suos faciat, de quo ibi quæsitum. Quare inter moras iudicii is qui non eo ipso dum litigat scientiam iniustæ possessionis habere convincitur, fructus vere & iure dominii acquirit. Tametsi eos iudicio victus restituat, non tanquam non suos, sed tanquam in obligationem iudicati deductos & exinde debitos. Sicuti & in simili res inter moras litis usucaptas restituere reus cogitur, etsi earum dominus vere effectus sit, vid. *supr. Lib.* 5. *C.* 21. *N.* 22. Nec quod Don. noster *d. C.* 24. docet post sententiam haberi malæ fidei possessorem retroversus &c. iam probatur, etsi ibi non reprobaverim, cum non firma illatio sit, si quis sic arguat: Titius bona fide rem emerat a Seio, conventus a Caio noluit ei restituere. Caius rem iudicio evicit. Ergo ex die litis motæ Titium in mala fide constitutum fuisse per sententiam apparoit. Cum non probet hoc esse, quod ab hoc contingit abesse. Et, quia potest esse ut iuste ad iudicium provocaverit *L.* 24. *pr. de Usur. L.* 40. *in fin. pr. h. t.* id ceu benignius amplectendum. Maxime cum mala fides dolo affinis sit, quem apertissimis probationibus doceri convenit, & ubi alia præsumptio quam doli haberi potest, ea capienda; cum tralatitium DD. sic etiam fatuam caussam a dolo excusare. Etsi vero quoad restitutionem fructuum post litem contestatam eadem caussa videtur bonæ fidei possessorum, quæ prædonum: nonnihil tamen interest, non tantum quod salva epitimia illi abeant victi, quorum alias saltem pudor nimis gravaretur, si eo ipso quod superati, mala fide litem fovisse arguerentur. Sed & quod iidem lite pendente fructus alienantes, etsi recte forte non faciant; tamen dominium eorum in bona fide accipientem, litis ignarum, transferrent. Quod de prædonibus dici nequit, a quibus accipientes, etsi ex caussa onerosa & bona fide non nisi usucapione & consumptione tuti erunt. Sed hic satis superque. Qui alias de bona & mala fide definienda & æstimanda ac utriusque vi peculiariter tractaturus, ostensurus ex iuris nostri principiis plerosque hic in plerisque graviter lapsos esse.

iudicio coactus restituerit, placet nihil amplius eum præstare eo nomine debere, quam quod bona fide acceperit. Utputa, heres testamento rupto, aut inofficioso scriptus, eodem testamento iussus erat fundum Tusculanum dignum ducentis vendere Titio centum. Si heres ruptum aut inofficiosum sciens vendat fideicommissum secutus, tenetur nihilominus quanti fundus valuit: hic est enim malæ fidei possessor. Sin is possessor est, qui etiam post litem contestatam putet testamentum valere, quam etiam ob caussam ad iudicium provocarit, si conventus a Titio ex fideicommissi caussa, ut fundum centum venderet, vendiderit, nihil præstabit amplius, quam quod bona fide accepit. Diversum, si hic idem possessor fundum minoris vendiderit ex negotiationis caussa. Hoc Iabolenus in *L. in æstimationibus*, 48. *D. de heredit. petit.* his verbis: *In æstimationibus hereditatis ita venit pretium venditæ hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis caussa venit: sin autem ex fideicommissi caussa, nihil amplius, quam quod bona fide accepit.* Hoc Iabolenus simpliciter ita scribit, quasi promiscue dicatur de omni possessore: quod si fieret, falsa esset utraque pars responsi. Dicendum igitur hoc loco paulo enucleatius, quid sentiat: quod ex sententia verborum non difficile colligi potest. Non ergo loquitur Iabolenus libro tertio ex Cassio de malæ fidei possessore, cum eum proponat, qui potest bona fide pretium ex fideicommissi caussa accipere: quod quidem in malæ fidei possessorem non cadit: nam malæ fidei possessor nihil bona fide gerere aut percipere potest ex rebus hereditariis, quod commodis hereditariis adversetur. Non loquitur etiam de bonæ fidei possessore, qui quid vendiderit ante litem contestatam. Nam is etsi res vendidit negotiationis caussa, immo vero etsi eas male perdidit, non tamen tenetur ultra quam locupletior factus est, ut mox dicetur. Restat igitur, ut loqui intelligatur Iabolenus de bonæ fidei quidem possessore, sed eo qui post litem contestatam res hereditarias vendidit, cum iuste ad iudicium provocasset: ut sit is videlicet, qui in rebus hereditariis distrahendis possit adhuc aliquid bona fide gerere, & possit idem ut malæ fidei possessor teneri. Ergo de eo qui ita post litem contestatam rem hereditariam vendidisset minoris, quam volebat; quærebatur, an pretium restituere solum deberet, quod accepisset: an etiam id adiicere, quod amplius fuisset in hereditate, id est, quanto amplius res vere valuit. Iabolenus [15] distinguit: ut si possessor superior post litem contestatam vendidit ex caussa negotiationis; restituere debeat etiam quod amplius in rei hereditariæ æstimatione fuit, quia cum nulla necessitatis opinione coactus rem vendiderit, ipsius culpa est, nisi idonee vendiderit. Sin vendidit ex fideicommissi caussa, non amplius restituat, quam quod bona fide accepit: scilicet quia opinio necessitatis præstandi fideicommissi, qua se hic teneri possessor putabat, satis eum excusat, ne culpa præstitisse videatur. Quo enim errore iuste existimatur ius suum defendere adversus heredem, eodem plane errore fit, ut se putet agenti fideicommissario fideicommissum denegare non posse. Ad utramque enim rem testamentum pariter valere existimat.

XXXI. Atque hæc bonæ fidei possessoris post litem contestatam conditio est in iis rebus præstandis quas post litem contestatam per eum factum est, quominus possideret. Contraria conditio huius possessoris in his ipsis rebus per id tempus, quod litem contestatam antecessit. De quo ita cautum est senatusconsulto, ut qui iustas caussas habuit, quare bona ad se pertinere existimaret, usque eo, condemnetur dumtaxat, quo locupletior ex ea re factus est. *L. item veniunt*, *§. pridiem*, illic, *eos autem*. *D. de her. pet.* Quibus verbis hoc continetur, ut si quid ex hereditate lucri habet, possidet, id restituere debeat: si quid non possidet tum, cum adhuc bonæ fidei possessor est, quod fit ante litem contestatam, eo nomine non teneatur.

XXXII. Sane si quomodo ex hereditate locupletior factus est, his verbis id omne etiam bonæ fidei possessor restituere cogitur. Unde illud dictum a Paulo, post Senatusconsultum omne lucrum etiam inhonestum auferendum esse tam bonæ fidei possessori, quam prædoni. *L. post senatusconsultum*, *D. eod.* Locupletior [16] factus

15) Non placet expositio. Loquitur *d. L.* 48. de venditione non fundi hereditarii, sed ipsius hereditatis. Quæ post litem contestatam non facile tenebit *tit. D. & C. de lutig.* & *d. L.* 48. sine ulla distinctione possessorum indefinite docet quomodo æstimari debeat hereditas. Quando autem æstimatio solida restituenda, aliunde petendum. Et membrum sane posterius de alio quam bonæ fidei venditore accipi se non patitur, prioris vero generalitas ad has se angustias cogi non sinit.

16) Quomodo probetur locupletior & an in dubio ex consumptione fructuum censeatur, adi Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15. *n.* 585. Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4.

ctus possessor intelligitur tribus modis. Uno, si res hereditarias ab initio apprehensas possidet, de quo non dubitatur. Altero, si quid ex rebus hereditariis consecutus est, sive id adhuc exstat & possidet, sive id converterit in rem suam, alienatis vel consumptis ipsis corporibus prius possessis, & ideo fructus perceptos, quanvis consumptos ante litem contestatam restituet bonæ fidei possessor, si eos convertit in usus suos. *L. 1. C. de hered. petit. L. heres, §. ult. D. eod.* Similiter & usuras pretii rerum ab eo distractarum, aut pecuniarum hereditariarum ab eo perceptas, quas habeat, aut ex quibus res alias sibi compararit, *d. L. 1. C. eod.* Huc pertinent & pretia rerum ex hereditate venditarum, de quibus senatusconsulto ita comprehensum est, ut si ad possessorem bonæ fidei pervenerint, ea possessor restituere debeat, etsi res distractæ ante litem contestatam deperissent, deminutæve fuissent. *L. item videndum, §. pridie*, illic, *item placere, §. ait senatus, placere, §. ult.* & *L.* seq. *D. eod.* Nam quod alibi dicitur cum res quæ præstari debuit, sine culpa & mora eius qui debebat, periit, sic debitorem liberari, ut nec rei æstimationem debeat. *L. cum res, §. ult. D. de leg. 1.* huc non pertinet. Tunc enim locum habet, cum res quæ periit, sola principaliter fuit debita, & pro deperdita exigitur æstimatio. Id quod si fieret in pretiis rerum ex hereditate venditarum, idem servaremus: ut scilicet rebus hereditatis apud emptores peremptis, deperditisve, non teneretur bonæ fidei venditor ne de pretiis quidem, si res distractæ solæ essent hereditariæ, ac proinde solæ in ea caussa principaliter, ut præstari deberent, & his peremptis exigeretur pro his pretium. Nunc autem rebus hereditariis a possessore distractis, & pretiis perceptis, incipiunt & pretia per se & principaliter esse hereditaria, ut iam non propter res distractas, sed propter se ipsa quasi hereditaria [17] petantur. *L. si & rem, D. de heredit. petit.* Iure igitur & hæc per se exiguntur, quanvis res distractæ postea perierint, atque hoc modo desierint esse hereditariæ. Quum etiam etsi quis non debitum ex caussa hereditaria, atque adeo omnino non debitum quid accepit, si tamen beneficio hereditatis consecutus est, ut acciperet, hactenus videtur possessor factus locupletior, placetque id in restitutionem venire: cuiusmodi est, quod remunerationis caussa possessor accepit ab eo, cui quid ex hereditate prius donaverat. *L. item veniunt, §. consuluit, de her. pet.* Etsi enim is qui beneficium acceperat, nulla obligatione tenebatur, ut gratiam referret; tamen cum retulit, negari non potest accidisse id per caussam prioris beneficii, quod remunerationem invitavit. Id autem beneficium ex hereditate. Ideo & remuneratio qua possessor locupletior factus est, ex hereditate. Tertio modo etiam possessor locupletior ex hereditate factus intelligitur, si consecutus est ex hereditate non ut quid novi haberet, sed ut suum quod habebat, retineret, alioqui amissurus. Ut puta, qui in usus familiæ statutis sumptibus ad alimenta & vestimenta quotannis impendere solebat trecenta de suo, existimans hereditatem suam esse, cœpit augere sumptus, & impendit ex hereditate sexcenta. Dicemus eum ex ea summa restituere debere saltem trecenta; quia & sine hereditate ea decederent de patrimonio eius: quæ quia non decesserunt, habet, & hactenus locupletior est. Ut autem haberet, consecutus est ex hereditate: unde & hactenus ex hereditate locupletior factus intelligitur. Hæc sententiæ summa est loci obscuri, *L. item veniunt, §.* [18] *quod autem quis,*

C. 4. n. 64. & seqq. Achil. Personal. *Tr. de Petit. her. n.* 658. Vinc. de Franch. *Decis.* 31. *n.* 2. Iac. Schulth. *Q. pract.* 31. Gasp. Schifordegher. *Lib.* 2. ad A. Fab *Tract.* 29. qui non præsumi statuit, nisi in necessarios usus convertisse appareat.

17) Eximie. In quo insigne discrimen huius iudicii a singulari actione, & plenior effectus, cuiusmodi alii plures Hot. *in Epit de R. V. n.* 16. non illi soli quos putat Cuiac. 10. *Obs* 1. Et pinguius dictum a Vult. *in L. un. C. ubi de hered. n.* 2. sive singulariter agatur, sive universaliter, rem eodem redire in effectu, licet ex caussis diversis.

18) Quanquam A. Fab 18. *Coniect.* 3. pro solita audacia primum vers. *nam & Divus d. §.* 16. deinde *totum §.* Tribonianum de suo interseruisse contendit, eumque satis acerbe, ut malum Grammaticum & Iurisconsultum exagitat. Sed tanti non videntur, quæ profert ut cordatiorem movere debeant, dignumve operæ pretium in iis refellendis ponatur. Suavem vero se probat *ibid. pag.* 130. scribens penum in masculino aut neutro nullum probum Latinitatis auctorem unquam dixisse: quomodo Tribonianus dicat *d. §.* 16. Dediscat hunc errorem Faber. Audiat Agell. 4. *Noct.* 1. apud quem quidam Grammaticæ rei doctior ad Favorinum: *Penus variis generibus dictum & varie declinatum est. Nam & hic penus & hæc penus, & huius peni, veteres dictitaverunt.* Audiat Non. Marcell. *de Propriet. serm. lit. P.* qui masculino usurpatum a Pompeio & Nævio docet. Et ut hos iudices eiceret, arbiter esto Paulus noster *L. 4. §. 3 de penu. leg. Nomen penus mihi traditum est omnibus generibus dictum.* Ne vero & hic cavilletur, ex aliorum opinione loqui Paulum potius quam sua, aliamve ei mentem affingat, num Latio exterminabit Plautum qui in *Pseudolo* 2. *Sc.* 2. Procuratorem *peni dixit*, *Act.* 1. *Sc.* 2. & virili genere usurpavit, circa medium *nisi penus annuus hodie convenit:* & neutro in fin. *d. Sc.* 2. *omne hoc penus adfertur.* Et neutro sane genere, & in casibus inflexis, passim legimus *L.* 3. *§.* 5. 8. 9. 10. *L.* 5. *pr. de penu. leg.* Ac in nominandi casu omne penum *L.* 2. *pr. de trit. leg.* sicuti & Festus *Lib.* 14. Penora dicuntur res necessariæ ad victum. Ac apud Columellam tit. est: Quemadmodum

quis, *eod*. Et hoc est, quod Scævola dicebat, eum in pecunia pupillo soluta quæritur ad debitoris liberationem, an pupillus ea pecunia factus sit locupletior, etiam eum locupletiorem factum videri, qui ea pecunia consecutus est, ne esset pauperior. *L. in pupillo*, *D. de sol.* Iure ergo id quoque restituet possessor, quo & ipso locupletior factus est.

XXXIII. Quod si bonæ fidei possessor ante litem contestatam locupletior ex rebus hereditariis factus non erit, idest, si neque possidebit res hereditarias quandoque occupatas, neque ex his quidquam consecutus erit, vel ut nunc primum habere inciperet, vel ut de suo amittendum retineret: omnino non tenetur: eum ita senatusconsultum scriptum sit, ut iubeat eum condemnari hactenus duntaxat, quo locupletior factus est. Ita in summa, quas res habet possidet ex hereditate bonæ fidei possessor ante litem contestatam, restituet: quas non possidet, non præstabit: idque ita est, sive agatur de iis quas nunquam possedit, potuit tamen acquirere ex rebus hereditariis, sive de iis quas aliquando ab initio possideri cœptas, desiit postea ante litem contestatam possidere. Primum non præstat ea, quæ nunquam possedit, etiam si magna negligentia eius factum sit, quominus ex hereditate acquireret. Exemplo sunt fructus: hos perceptos restituit: non perceptos non præstat, etiamsi maxime ab eo percipi potuerint, & homo deses, aut parum frugi fundum colere, & fructus percipere neglexerit: *quia quasi rem suam neglexit*, inquit Paulus, *nulli querelæ subiectus est ante petitam hereditatem*. L. si quid possessor, §. *pen*. *D. de her. pet.* quod multo magis de usuris intelligendum est, quas pecunia hereditaria usus a se non exegit, aut mutua pecunia aliis data ab iis nullas stipulatus est, aut debitas passus est amitti. Exemplo item pretia & pecuniæ omnes possessori debitæ, quarum actionem ille ex hereditate nactus est. Si actionibus usus pecunias exegit, restituet; si non exegit, nihil præstabit bonæ fidei possessor ante litem contestatam, nisi actionem, quam heredi cedet, etiam si debitores tempore facti sint pauperiores. *L. item veniunt*, §. *ait senatus*, *placere*, *L. si quid possessor*, §. *pen. de hered. petit.* Nihilo magis tenetur bonæ fidei possessor earum rerum nomine, quas aliquando possedit, si ante litem contestatam desiit possidere.

Non dico, si casu aut negligentia & socordia amiserit, sed & si malo more dilapidaverit, perdiderit, dum re sua se abuti putat. *L. sed etsi*, §. *consuluit*, *D. eod.* Ergo etsi donaverit, *ibidem* hic enim res perditur quidem, sed non turpiter. *L. filiusfamilias*. *D. de donat.* Quamquam hic illa dubitatio est, an non videatur locupletior factus, qui donavit, quasi accipientem sibi obligaverit ad remunerandum. Sed nulla hæc obligatio est, quæ donanti nec actionem parit ad mutuum petendum, nec ad indebitum solutum retinendum exceptionem, ut docui supra sub titulo, de naturali obligatione. Merito igitur dicimus nec eum, qui donando rem perdidit, quam possederat, si bonæ fidei possessor fuit, eo nomine ante litem contestatam teneri. Plane si possessor [illegible] accepit, eatenus locupletiorem ex hereditate factum recte dicemus, eoque & hactenus teneri, ut & ante monui. Hæc Ulpianus in *d. L. sed etsi*, §. *consuluit*.

XXXIV. Hoc loco dubitatum est de pretiis rerum ex hereditate distractarum, si forte hæc accepit bonæ fidei possessor, sed ante litem contestatam perdidit, dilapidavit, donavit, num & de his idem pronandum sit, quod de ceteris rebus hereditariis, ut his amissis similiter non teneatur possessor. Tractat Ulpianus in *L. utrum*, *de hered. petit.* Cur ergo de his pretiis dubitamus potius? Ambigendi caussa ex secunda clausula senatusconsulti, quæ iubet pretia quæ ad possessores quanvis ante litem contestatam pervenissent, omnino ab his restitui, etiamsi ante petitam hereditatem res venditæ deperiissent, deminutæve fuissent. *L. item veniunt*, §. *pridie*, illic, *item placere*, §. *ait senatus*, *placere*, *de her. pet.* Videntur autem pretia ad possessorem pervenisse, simul atque ea accepit. Accedit ad dubitationem, quod idem Ulpianus scribit in *L. sed etsi*, §. *petitio*, *D. eod.* pretiorum, quæ ad possessorem pervenerunt, præstationem personalem esse. Est autem personalis præstatio, ut in definitione huius actionis diximus, cum pretiis receptis non ipsa corpora nummorum debentur, sed tantumdem, seu eadem summa, quæ genere, non certa specie continetur. Quod genus enim semel deberi cœpit, nullo casu fieri potest, ut deberi desinat, nisi solutione. *L. incendium*. *C. si cer. pet.* *L. in ratione*, §. *incertæ*, *D. ad leg. Falc.* Ulpia-

dum villica tractare debeat penora, ref. Phil. Beroaldo *Annot. in Serv.* §. 16. Denique si vel verum istud esset, nonne tolerabilius foret levicula correctione *u* in *a* mutare, quam totam periodum resecare.

pianus autem de his pretiis idem statuit, quod de rebus cæteris, ut ne hæc quidem bonæ fidei possessor restituere debeat, si ante litem contestatam ea habere desierit, nec sit factus locupletior. Non obstare ostendit Senatusconsulti ea verba, quæ iubent pretia restitui, quæ ad possessorem pervenerunt. Nam verbum perveniendi proprie pertinet ad ea, quæ ita ad aliquem venerunt, ut sint mansura. *L. aliud est capere*, *D. de ver. sig.* quod de his pretiis dici non potest, quæ possessor consumpsit, perdidit. Ut autem dici possit generaliori significatione etiam pervenisse id, quod ab initio acceptum est, etiam si non sit duraturum: tamen nihil inde efficiatur aliud, nisi verbum perveniendi esse ambiguum. In hac ambiguitate puto, inquit, sequentem clausulam Senatusconsulti sequendam, ut ita demum pretia accepta computet possessor, si factus sit locupletior. Sequentem clausulam intelligit penultimam, qua cavetur, ut bonæ fidei possessores condemnentur eo usque dumtaxat, quo locupletiores facti sunt. *d. L. item veniunt*, *§. pridie*. Hæc cum aperte scripta sit, vetetque in omnibus rebus amplius a bonæ fidei possessore exigi quam quo locupletiores facti sunt, etiam ad pretia ab eo percepta pertinet, & ambiguitatem, si qua est in præcedentibus clausulis de pretiis rerum distractarum, explicat. Nec quis dicat, quod hic aperte & definite scriptum est, ad priores aut posteriores clausulas interpretandas trahi non debere. Immo ideo trahi debet, quia præcipitur incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere. *L. incivile. D. de legib.* Quid, quod in diversis etiam legibus hæc ipsa interpretatio admissa est, ut priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores trahantur? *L. non est novum*, & 2. seqq. *D. de legib.* Quod autem Ulpianus alibi scribit, pretiorum ex hereditate perceptorum præstationem esse personalem, quasi hic non certa species, sed eadem quantitas nummorum debeatur, quæ perire non potest: sic ex superiore clausula accipiendum est, si modo pretia ita pervenerint ad possessorem ut ea in rem suam converterre, & ex his aliquando locupletior fieri cœperit: veluti, si pecuniam inde redactam mutuo dederit suo nomine, si ex ea quid sibi emerit. Hoc si fit, iam ad quantitatem teneri incipit: quæ quia nullo casu perire potest, exinde perpetua fiet eius præstatio: ut quanvis pecuniam a debitore receptam, aut rem inde emptam perdiderit, consumpserit, nihilominus idem genus debeat.

XXXV. Eveniet igitur, ut si bonæ fidei possessor pretia rerum venditarum perdiderit, heres petitionem hereditatis hic admittat pariter & de pretiis adversus possessorem, qui locupletior factus non est, & de rebus distractis adversus rerum singularum emptores; qui speciali titulo rem possident, petitione hereditatis non tenentur, ut diximus suo loco, *L. 2. in fi. C. de pet. her.* Hinc nata quæstio petitori hereditatis, num ergo hoc casu res venditas amiserit, an potius saltem possit eas si nondum usucaptæ sint, ab emptore vindicare: quæstio tractata in *L. sed et si*, *§ item si rem*, *D. de her. pet.* Sed cur dubitamus, dixerit aliquis, quominus possit? Non enim incerti iuris est, in rem actionem seu vindicationem competere omnibus dominis adversus possessores. *L. in rem*, *D. de rei vind.* *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Constat autem heredem etiam rei hereditariæ dominum esse, si defunctus fuit dominus: quoniam heres in dominium & ius omne defuncti succedit. *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* *L. heres in omne*. *D. de acq. her.* Quidni igitur heres ex hoc iure res venditas ab emptore recte & sine hæsitatione vindicet? Nempe hic dubitationem facit ius de petitione hereditatis constitutum, quo placuit nihil in præiudicium eius iudicii fieri debere. *L. Divus*, *§. ult. D. de her. pet.* Videtur autem præiudicium petitioni hereditatis fieri, si res vindicatur ab emptoribus, qui regressum habituri sunt adversus hereditatis possessorem, eumdemque venditorem: quoniam is pretium emptoribus restituere cogetur, quod petitione hereditatis conventus non restitueret. Rursum dixeris, inquit Ulpianus, nullum hic præiudicium hereditati fieri inter actorem, & eum qui venum dedit; quia etsi victi emptores reversuri sint ad eum, qui distraxit, tamen non videtur venire in petitionem hereditatis pretium rerum distractarum. Quasi diceret, non fit præiudicium hereditatis petitioni per vindicationem singularum rerum, si non venit in petitionem hereditatis, quod vindicatione petitur. Atqui heres vindicando res singulas petit res ipsas aut earum verum pretium, quod & emptores a possessore auferunt: neque hoc verum pretium venit in petitionem hereditatis. Non fit igitur hac vindicatione petitioni hereditatis præiudicium. Quid ergo est? Responsum Ulpiani est in *d. L. sed et si*,

fi. §. *item fi rem*. rebus a bonæ fidei possessore distractis ita, ut is nec pretio factus fit locupletior, non posse heredem res ab emptoribus vindicare, si emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habeant: habent autem semper nisi nominatim convenerit, ne venditor teneretur ob evictionem. *L. non dubitatur*, *C. de evict.* Nempe hoc sensit Ulpianus, isto modo præiudicium fieri hereditati, id quod ius non concedit. Non obstat, quod petitione hereditatis neque res distracta, neque verum pretium rei petitione hereditatis petitur, quorum tamen alterutrum petitur vindicatione. Non enim solum præiudicium fit hereditati, cum id petitur privato iudicio, quod petitione hereditatis peteretur a possessore, neque petitum præstari deberet; sed etiam cum heres oblique a possessore petit quod iudicio hereditatis petere non posset. Quod tum accidit, cum heres rem vindicando evincit emptoribus. Sic enim illis aufert rem, & per rem pretium: emptores autem de evictione adversus possessorem agendo hoc ipsum pretium illi auferunt, etiamsi auferre interdum possunt amplius. Ita heres pretium emptoribus auferendo, etiam per emptores aufert idem possessori, quod petitione hereditatis a possessore non consequeretur. Neque hoc casu contentus Ulpianus, etiam aliis duobus casibus negat heredem res a bonæ fidei possessore distractas vindicare posse ab emptoribus. Unus est, si possessor qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret, conveniatur, id est, uno verbo, si emptionis nomine iudicium suscipere paratus sit. Hoc ex regula iuris, qua placet unumquemque nostro nomine iudicium accipiendo nos invitos & ignorantes liberare. *L. solutione*, *D. de solut.* Alter est, & is si eum superioribus duobus coniungatur, tertius, si minori pretio res venerint, & pretium id quantumcumque illud fit, actor fit consecutus. Hoc ideo, quia cum heres pretium ex venditione accepit, venditionem comprobavit: quam idcirco improbare non potest. Quod si nihil horum erit, putat Ulpianus nihilo obstare heredi, quominus res a bonæ fidei possessore distractas possit ab emptoribus vindicare. Sed hæc per occasionem dicta sunt, cum hoc principaliter tractetur, an pretiis a bonæ fidei possessore male perditis teneatur possessor, necne: placetque non solum in cæteris rebus, sed etiam in pretiis rerum venditarum perceptis generaliter tenendum esse, quidquid bonæ fidei possessor de rebus hereditariis possessum perdiderit, consumpserit, omnino eum non teneri, tanquam qui locupletior factus non fit.

XXXVI. Sed ut in rebus ante litem contestatam ex hereditate possessis non fit possessor locupletior, eoque nec earum rerum nomine teneatur, hoc exigimus, ut eas res ipsas hereditarias perdiderit, consumpserit: qui si consumpserit res alias, puta suas, ut nihilominus hereditarias apud se salvas haberet, quanvis contemplatione delatæ sibi hereditatis id fieret, tamen quatenus habet ex hereditate, placet eum hactenus semper locupletiorem videri, tantumque ex hereditate restituere debere: hoc in *L. sed etsi*, §. *si quis re sua*, *D. de her. pet.* Propone hoc modo. Qui se heredem existimabat, cum opima esset defuncti hereditas, cœpit tanquam ditior factus rebus suis propriis [19] lautius uti; cumque in statutis sumptibus soleret antea impendere trecenta quotannis, cœpit opinione falsa deceptus impendere de suo sexcenta, ut iam propter opinionem istam hereditatis delatæ non modo in suis rebus non fit factus locupletior, sed etiam pauperior in trecenta, quæ alioqui non erat impensurus. Quæritur, an hæc trecenta possit deducere de hereditate, & tanto minus de ea restituere. Movet, quod quantum habet de hereditate, tantum impendit de suo, idque damnum per caussam hereditatis passus videtur. Dicimus nihil hic eum posse deducere, sed totum quod ex hereditate habet, quia non attigit, restituere debere. *d.* §. *si quis re sua*. Merito, quantum enim ex hereditate apud se integrum habet, in tantum verum est eum ex hereditate locupletiorem esse; ut proinde conveniat eum hactenus ex senatusconsulto condemnari. At consumpsit res suas. Quid refert, si salvas habet apud se res hereditarias? Non enim hic quæritur, an locupletior fit in rebus suis, necne, sed an locupletior ex hereditate: qualem eum esse constat, si res hereditarias non attingens eas apud se integras retinet. At consumpsit sua propter hereditatem. Minime propter hereditatem, sed propter opinionem falso delatæ hereditatis. In quo

19) Ita & in *d. L.* 25. §. 16. *latius impendit*, *laute erogasset*. Sic Salvian. *Lib.* 3. *contra avaritiam pag.* 94. *edit. Rittersh.* hoc animo volvat quam *laute* heres suus *res suas* comedat. Unde apparet, nulla necessitate Duar. 1. *Disp.* 5. pro *lautius* reponere *latius*, quia sic Horat. 2. *Sat.* 2.

. . . . *latius opibus usum*.

& Seneca *de Brevitate vitæ Cap.* 8. *tempore utuntur latius*, Nam eodem utrumque sensu dicimus & phrasis *latius uti*, minus frequens Rob. 3. *Sentent.* 5.

eum se ipsum falso errore deceperit, non ab alio sit deceptus, non debet hic error alii, sed ipsi soli nocere. *L. nam si actor, D. de rei vind* & ut alicubi Scævola loquitur, non debet hic possessor vel errorem suum vel profusionem aut negligentiam in rebus suis ad alienam iniuriam transferre. *L. 3. in pr. D. de transf.* huc pertinet regula iuris; *factum cuique suum, non adversario nocere debet.* L. factum cuique, *D. de reg. iur.* Atque hoc totum ex eo, quia possessor res quas ex hereditate possidebat, non perdidit aut consumpsit.

XXXVII. Hoc posito incidit ex re ipsa interdum quæstio in rebus hereditariis, in rebus a possessore consumptis suasne ipse, an eas potius quæ erant alienæ hereditatis, videatur consumpsisse, & ex eo de restitutione iudicetur. Quod accidit in hac specie, si quis putans se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit: de qua specie ordine tractatur in *d. L. sed etsi, §. adeo*. Finge ita: cum duo essent heredes aut testamento instituti, aut ab intestato proximi cognati eodem gradu, & unus abesset, qui dicebatur in bello occubuisse, præsens totam hereditatem tanquam suam solus occupavit, occupatæ partem dimidiam consumpsit, dum se re sua abuti putat. Alter coheres reversus dimidiam hereditatis a præsente repetit, vultque quod ipse consumpsit, ei nocere. Quæritur, quid illi ex parte reliqua hereditatis dimidia restitui debeat: utrum ipsa tota, an nihil, an vero huius partis reliquæ dimidia? Unum enim ex his tribus responderi oportet, nihil est quartum. Secundum regulam supra a nobis traditam quæstio in eo est, quam partem heres præsens videatur consumpsisse, utrum dimidiam hereditatis suam, an partem dimidiam coheredis, an vero in ea dimidia partim quod suum esset, partim quod coheredis. Nam si partem suam consumpsit, totam reliquam restituere debet; quippe quæ non consumpta apud eum mansit integra, ut proinde eo usque sit locupletior. Si consumpsit partem coheredis, nihil debet ei restituere; quia ea parte consumpta, quocunque modo consumpta sit ab eo qui suam putabat, apparet non esse eum inde locupletiorem factum. Quod si in parte consumpta intelligitur partim quod suum erat, partim quod erat coheredis consumpsisse, reliqua pars dimidia quæ exstat, incipiet esse communis, cuius proinde partem retinere debeat, partem restituere coheredi. Et sunt hæ tres visiones, quas Ulpianus in *d. §. adeo*, scribit Marcellum retulisse in proposita quæstione, tractantem, quid horum sequendum esset. Ubi visiones [20] vocat partes

20) Recte, & non abludit Ant. Augustin. 2. *Emend.* 2. *pag.* 77. qui Gr. v. *διαίρεσις* huic Latino par esse scribit, restituitque ad vulgatos libros monasse *divisionibus*. Quæ ipsa lectio non absurda, si distinctionis partes interpretaris, & eodem recidit. Nec longe absimili sensu Cic. 4. *Acad. QQ. pag. m.* 26. visionem veri falsique communem dicit & *Tuscul. QQ. pag.* 201. falsa doloris visione & specie moveri homines &c. Enimvero cum nihil crebrius sit nostris aliisque auctoribus, quam ut de re dubia tractaturi dicant ita: Videbimus, videamus &c. Loci sunt infiniti: elegans perquam & concinna sit hæc *visionis* pro inspectione *L.* 44. §. 1. *de O. & A. L.* 91. §. 4. *de V. O.* *&c.*, aut etiam opinione, ut Goth. vult, accepta oportet. Planeque non ferenda audacia novatoris Sabaudi, qui locos omnes, quibus *visionis* vocula legitur, qui perplures sunt, scelerata manu Triboniani corruptos censet tanquam hæc vox (quæ tamen ipsi Latinitatis principi non insolens) illatina, atque a consultorum nostrorum elegantia aliena sit. Sed expendamus parumper quam valida manu advocata idem 18. *Conject.* 3. *v. sed in proposita d.* §. 15. ceu adiectionem Triboniani impugnet. Contextum (1) ait verborum esse inconcinnum. Nihil ineptius esse & solutius illis verbis; *una prima*, pro proxima, quæ verbis præcedentibus expressa, deinde *alia posse dici* &c. illa autem (2) *tertia utrique* plane non convenire, pro ita scribi debuisse *omnibus portionibus*, cum Marcellus tractaverit, non de duabus portionibus, sed pluribus, saltem tribus, quia vocat coheredes consumentis. Inde, ait, alius error, quod dicitur *pars dimidia restituenda*. Cum tamen non nisi tertia esse possit, si coheredum partes viriles, ut si duo coheredes, illis restituantur, cuique triens. (Nam in *pr. d.* §. 15. voculam *dimidiam* ceu irreptitiam ex gl. interpretis delet Faber.) Viriles autem in dubio intelliguntur, ac divinatio esset dicere coheredes eum habuisse ex reliquo semisse. Quæ nec (3) cadere posset in aliam speciem, quam heredum ex testamento. At SCt. pertinet quoque ad legitimos: et in his prochvior error, ut putet quis se heredem ex asse, aut maiore portione quam quæ delata est. Subdit (4) quod non credibile sit Marcellum quæstionem indecisam reliquisse, aut mancum esse Ulpianum in referenda eius sententia. Postremo (5) maxime se moveri ipsa decisione quam iuri contrariam putat. Dicendumque in ea specie totum quod superest restitui debere, etsi quantum pro parte sua ad se spectabat, totum consumpserit, modo non amplius. Quia hæc tantum intentio Senatusconsulti (absque quo esset, condemnandus omnino foret, etiam non locupletior) ne damno afficiatur possessor, non ut quidquam lucri captet. At etsi totum residuum restituat in damno non constituitur, sed extra lucrum. Tribonianus autem facit, ut in lucro ponatur. Etsi vero hic locupletior non tam ex consumptis, de quo SC. loquitur, quam ex hereditate ea quæ superest: nil tamen absurdi est si lucrum omne ei auferatur, nec coheredum damno cedat, quod consumpserit, sed ipsius. Quid (6) quod aliquando per occasionem possessæ hereditatis, consumptio etiam pauperiorem reddat, ut in specie *d. L.* 25. §. 19. Quamvis autem discrimen in eo sit, quod illic hereditatem non attigit, hic ita, eius tamen effectus tantum ut deducat quod consumpsit, ne proprii patrimonii iacturam subeat. Et verba ipsa (7) prima arguunt quæstioni huic via dubium inesse, tantum abest ut Marcellus pro possessore responderit, aut si omnino id, Ulpianus ab eo dissensit. Nam ratio dubitandi a Marcello allata *v. nam etsi is* facile diluitur ex ratione diversitatis, quia hic etsi totum restituat, damnum non sentit. Consumit sane hic heres ex parte, idemque possessor totius assis, ex hereditate. At cur non (8) ex portione sua potius quam coheredum, nam & pars hereditatis hereditas est *L.* 77. *ad L. Falc.* Sicuti & pars fundi fundus, ita Faber. Quibus moveatur sane qui vult, me certe nec mutare nec nutare vel minimum efficiunt. Nam ad 1. rationem Fabri. resp. nihil in sermone inconcinnum. Studiosus brevitatis Ulpianus non potuit commodius, æque paucis verbis sententiam Marcelli complecti. Similes nostrorum locutiones conquiri possent, si vacaret aut expediret. Ad 2. resp. Facilior tollendæ difficultatis ratio levissima mutatione

tes superioris distinctionis, quæ distinctio in proposito occurrebat: & visiones ideo, quia singulæ partes totidem continebant inspectiones, & tractatus, quibus Marcellus videndum esse dicebat, quid hic iuris esset. Quid ergo ex his tribus propositis sequimur? Et sententia Marcelli fuit, tertium sequendum, ut utrique, videlicet, quod consumptum est, decedat, & nonnihil sit restituendum: cum autem dubitaret, utrum totum, an partem restituendam diceret, Ulpianus dubitationem sustulit, & ait residuum integrum non esse restituendum, sed partem eius dimidiam. Optime. Id enim ita statui oportuit, si heres, qui dimidiam partem hereditatis consumpsit, in ea parte partem consumpsit, quæ sua esset, partem quæ coheredis. Sic enim fit, ut dixi, ut in reliqua parte hereditatis dimidia eædem partes utriusque communes maneant: quia neutri sunt consumptæ. Atqui non aliter heres partem dimidiam hereditatis consumpsit, quam ut in ea partem suam consumeret, & partem coheredis, non autem ut totam dimidiam suam, aut totam coheredis. Quandiu enim hereditas inter coheredes divisa non est aut consensu, aut iudicio familiæ erciscundæ, tandiu omnes res hereditariæ communes sunt inter coheredes pro indiviso. *L. non possumus*, *D. si pars her. pet.* Unde necesse est evenire, ut quamcunque rem attingat unus ex coheredibus, is in ea re tanquam communi intelligatur partem suam attingere, partem coheredis.

XXXVIII. Postquam bonæ fidei possessor hactenus tenetur, quatenus locupletior factus est, quæsitum est, quo tempore esse debeat, ut teneatur. Paulus definit magis esse, ut in eo rei iudicatæ tempus spectetur: hoc ille in *L. si a domino*, *§. pen. D. de her. pet.* Quæ definitio singulari animadversione indiget. Nam ut est proprietas verborum, defendi certe non potest. Proprie dicimus tempore aliquo esse spectandum, an quis sit locupletior, cum id tempus ad eam rem ita spectamus, ut si eo tempore locupletior quis sit, teneatur, condemnetur: si non sit, non teneatur, non condemnetur. *L. litis*, *D. de neg. gest. L. rei iudicatæ*, *D. sol. mat.* At isto sensu dicere non possumus, tempore rei iudicatæ spectandum esse, an locupletior sit bonæ fidei possessor. Esto enim, si eo tempore locupletior sit, teneatur, at certe illud nullo modo dici potest, si eo tempore non sit locupletior, eum non teneri. Aut enim quæritur de iis quæ post litem contestatam acciderunt, in quibus non sit locupletior: aut de iis, quæ acciderunt ante litem contestatam. Si de iis, quæ post litem contestatam nullo modo verum est nos in his spectare tempus rei iudicatæ, ut sciamus, an non sit possessor locupletior, & ob id non teneatur. Ut enim maxime locupletior non sit eo tempore: si tamen prius quandoque fuit locupletior post litem contestatam, semper eo nomine condemnabitur. Desinit enim postea possidere, atque hoc modo per eum fit, quominus possideat. Quod cum accidit, perinde condemnatio est ex senatusconsulto, ac si possideret. Constitutum hoc quidem est nomi-

tione *s.* in *m.* si legamus *coheredem* quomodo & Donellum nostrum legere apparet ex specie quam ponit. Quin & salva lectione vulgari exponi potest, *utrique* scilicet semissi; Et ponenda species ubi possessor ex semisse heres, cui duo coheredes, quisque ex quadrante. Neque hæc divinatio est, a verbis aliena; sed immo ex ipsis verbis necessario infertur ibi *quasi suam partem*. Nam si dimidia quam consumpsit dicitur eius pars: necesse est ex semisse heredem esse. Posito hoc, pariter necesse est, quotquot coheredes sunt, non posse omnes simul plus habere quam hic solus. Ad 3. resp. falsum hoc: Quid enim si defuncto filius unus superstes & ex alio prædefuncto duo nepotes; ac ille se solum superare putet, nepotibus forte peregre natis. Esto autem. Nunquid non sufficiet in una specie heredum ex testamento id contingere. Semper supponendi sunt termini habiles. Ad 4. resp. Non insolens hoc nostris quæstionem in ambiguo ab aliis relictam definire, exempla obvia sunt. Apparet autem Marcellum primam opinionis seu distinctionis partem reiecisse. De 2. & 3. vero utra amplectenda sit hæsitasse. Ad 5. resp. Immo apta & iuri consona decisio ex firmissima ratione a Donello hic allata. SC. enim hoc tantum agit ne damno afficiatur possessor. Damno autem æque afficitur, cui lucrum ex alia caussa, (non ex iniuste possessa hereditate,) iuste iam quæsitum, aufertur. Nam quod diversa sunt in lucro non versari, & damnum subire *L. 16. pr. Quæ in fr. cred.* procedit ubi lucrum quærendum impeditur *d. L. 16. pr.* Tiraq. in *LL. connub. Gl. 2. n.* 35. non ubi quæsitum adimitur. Quis enim ambigat si mercator ex. gr. mille aureos ex negotiatione serici lucratus eosdem in negotiatione pellium perdat, vere damnum fecisse dicatur. Quare & hic si vere heres ex semisse partem suam iam aditione quæsivit, si per occasionem alterius semissis coheredum, bona fide a se possessi, propter consumptionem, illum suum semissem totum amitteret, utique non tam extra lucrum, quam in vero damno constitueretur. Accideret enim ipsi quod non accidisset, si portiones coheredum non possedisset. Ad 6. resp. Distincta ratio. Spectatur, non tantum quid sit in opinione, sed & quid in re. Accedit quod quæ salva sunt & oculis dominorum obversantur maiori invidia illis auferuntur, Gilken. ad *L.* 22. *C. de R. V. C. 7. n.* 73. Et omnino Fabri opinione posita proprii patrimonii iacturam subiret ex consumptione hereditatis alienæ. Suam enim partem aditione acquisivit, eaque in patrimonium eius redacta est. Sed dum res hereditarias coheredibus communes absumit, quantumcunque hereditatem minuant, necesse est ut consumptio facta sit pro altera parte, ex hereditate iacente, ratione coheredum qui non adierunt. Enimvero hoc largiendum quod ratio *d.* §. 12. convincit, etsi si scisset totam hereditatem ad se non pertinere, nihil omnino ex hereditate consumpsisset, statutis sumptibus, ante delatam hereditatem solitis, contentus, tamen pro rata suo semissi decedere. Ad 7. resp. Hoc non video quem colorem habeat. Nam imo vocula *adeo* arguit extensionem, & responsionem in favorem possessoris. Ad 8. resp. Retorquere licet ita: At cur non ex portione coheredum potius quam sua; nam & illa hereditas est. Sed num probandum id partem hereditatis hereditatem esse, id ceu non præsentis loci minime hic discepto.

natim adversus malæ fidei possessores. Sed valere debet non minus adversus bonæ fidei possessores post litem contestatam: quia post id tempus omnes possessores pares sunt, & pro prædonibus tenentur, *L. sed etsi, §. si ante, D. de hered. petit.* Ita ut possessor bonæ fidei post litem contestatam teneatur tanquam locupletior, non unum tempus rei iudicatæ, sed omnia quibus quandoque locupletior fuit, spectanda sunt; cætera non sunt, quibus locupletior esse desiit, ideoque nec tempus rei iudicatæ, quo id acciderit. Quod si quæritur de iis quæ ante litem contestatam acciderunt; tum multo etiam magis falsum est, in his spectandum esse tempore rei iudicatæ, an possessor locupletior sit, necne: Immo contra certi iuris ratio facit, ut in his ad eam rem spectandum sit tempus litis contestatæ, nec possit omnino aliud. Nam si eo tempore bonæ fidei possessor locupletior est deinceps eo nomine perpetuo tenetur; quia petitori post litem contestatam omnia restituenda sunt, quæ habiturus esset, si tempore litis contestatæ res restituta esset, *L. illud D. de her. pet.* Quod si eo tempore bonæ fidei possessor locupletior non est, is pro his, quæ antecesserunt, ut sunt verba senatusconsulti, omnino non tenetur: fieri potest, ut possessor bonæ fidei post litem contestatam possidere habere quid incipiat, quo nomine teneatur. Sed id ad tempus quod sequitur litis contestationem pertinet, non ad præcedens tempus, de quo loquimur. Quid ergo est? Una hic defensio ad superiorem Pauli definitionem tuendam relinquitur, si tamen hæc idonea defensio dicenda est, ut dicamus Paulum solum loqui de eo possessore bonæ fidei, qui locupletior sit tempore rei iudicatæ, & quærere, an sufficiat eum eo tempore possidere, quanvis tempore litis contestatæ, & prioribus temporibus locupletior non fuerit; hic autem respondere, non tempora præcedentia quibus non possedit, sed tempus rei iudicatæ, quo possedit spectandum esse, ut scilicet teneatur, nihilominus qui tunc possidet, & locupletior est, quanvis ante nihil possederit. Quod quidem per se vera sententia est, ex *L. si quo tempore, D. de hered. petit.* eamque defensionem Azoni placuisse video, quæ & refertur apud Accursium in eo loco. Sed certe hæc admodum infirma defensio est, quæ nec verbis Pauli, nec rei propositæ convenit. Non verbis. Non enim quærit Paulus specialiter de tempore rei iudicatæ, sed generaliter de omni tempore, quo possessor locupletior esse possit, nec quærit, quo tempore satis sit eum locupletiorem esse, sed quo tempore locupletior debeat; ut si respondet ad quæstionem propositam, & dicit in eo spectandum tempus rei iudicatæ, necesse sit hæc eum dicere, id tempus spectari debere, non item cætera tempora. Sed nec ea interpretatio ullo modo convenit quæstioni & rei propositæ. Esto enim, dicat Paulus bonæ fidei possessorem damnandum, si quid tempore rei iudicatæ possidet, quanvis tempore litis contestatæ non possederit; at certe hæc sententia non magis bonæ fidei possessori convenit, quam malæ fidei possessori. Nunc autem quærit Paulus solum de bonæ fidei possessore; *quo tempore*, inquit, *locupletior esse debeat bonæ fidei possessor, dubitatur*. Non ergo profecto id sensit, quod non magis ad bonæ fidei possessorem pertinet, quam ad malæ fidei possessorem; sed illud, quod verba exprimunt, quo tempore bonæ fidei possessor locupletior esse debeat, ut ex eo tempore de eius condemnatione iudicium fiat, & si eo tempore locupletior est, hactenus condemnetur; si non est locupletior, non teneatur. Ad quam quæstionem cum respondeat, tempus rei iudicatæ spectandum esse, non potest aliud accipi, quam illud quod modo dixi. Quod quam verum sit, ex his quæ disserui, intelligi potest: ut fatendum [21] sit omnino aut vitium hic scripturæ esse, aut Paulo, vel Triboniano in relatione huius sententiæ, somnum obrepsisse. Non enim potuit Paulus ius superius, quod ostendimus, ignorare.

XXXIX. Sed his, ut natura rei postulabat, de restitutione rerum fusius expositis-

21) Imo *d. §. pen.* accipiendus de eo bonæ fidei possessore, qui iuste ad iudicium provocavit, quique per acceptionem iudicii malæ fidei possessor non effectus. Nam qualitas adiecta verbo debet intelligi secundum tempus verbi *L. 4. §. 2. de nox. act.* Tiraq. *de iure primigen. Q.* 40 *n.* 176. Spectatur tempus rei iudicatæ in eo, qui ad illud ipsum usque tempus bonam fidem retinuit. Nam hic moram non facit *L. 24. pr. de Usur.* Præstatio autem eorum quæ non percepit possessor, item quæ amisit pœna moræ vel culpæ est. Et imo hoc ipsum quod Donellus agnoscit, ut *supra N.* 29. interitu rei fatali contingente post litem contestatam liberari bonæ fidei possessorem *L. 40. pr. h. t.* arguit rei iudicatæ tempus spectari. Durum certe eum, qui, quandiu evicta hereditas non fuerit, bonam fidem habuit, de amissis inter moras litis, forte citra culpam suam, teneri. Neque hoc æquitas, aut formula iudiciorum bonæ fidei, in quibus & hæc petitio, permittet, aliudve iudex ex æquo & bono statuere poterit. Facit *L. 3. §. in hac 2. Commod.* Paulo aliter Cujac. in *Lib. 20. Pauli ad edictum ad d. §. pen.* & Scip. Gentil. *Lib. 1. de Don. int. vir. C. 31.*

positis, nunc rem in pauca conferam. Sit ergo hæc summa rerum, quæ possessor hereditatis victus petitori ex bona fide restituere debeat. Si qua res ex hereditate possessor victus tempore rei iudicandæ possidet, & quod idem est, si qua in re locupletior est ex hereditate, id omne restituere debet etiam bonæ fidei possessor: idque ita est, etsi id quod nunc reus habet, possidet, non possederit tempore litis contestatæ, sed post iudicium acceptum possidere cœperit. Quod si quid tunc reus ex hereditate non possidet, si non est aliqua in re locupletior; si quidem per eum factum non est, quominus possideret, non tenetur ne malæ fidei possessor quidem. Sin factum per eum est, quominus possideret, malæ fidei quidem possessor quocunque modo & quandocunque id acciderit, tam tenetur eo nomine, quam si possideret: præterquam tribus illis casibus, quos supra hoc loco excepimus. Fit autem dupliciter per reum, quominus possideat, si aut prius a se possessum desinat possidere, aut nunquam possessum, cum acquirere posset, omisit. In eadem causa est bonæ fidei possessor post litem contestatam, atque adeo post controversiam motam nisi quod si iuste ad iudicium provocavit, opinio iusta rei suæ duarum rerum excusationem illi tribuit; in interitu rei ne periculum præstet; & in restitutione fideicommissi, ne plus reddat, quam quod bona fide eo nomine accepit. Pro eo autem tempore quod litem contestatam & controversiam cœptam antecedit, sic conditio est bonæ fidei possessoris, ut de rebus quas per id tempus non possidet, ex quibus locupletior factus non est, omnimodo non teneatur; non tantum si neglexerit acquirere, cum posset; sed etiam si ante possessas non dico incuria amiserit, sed etiam malo more dilapidaverit, consumpserit.

XL. Quibus positis, hæc etiam de temporibus possessionis spectandis sunt consequentia. Primum cum neque malæ fidei possessor per omnia tempora, neque bonæ fidei possessor post controversiam motam teneatur quatenus locupletior factus est, sed generaliter quatenus potuit locupletior fieri etiam si non fit: omnino non esse quærendum in horum persona, quo tempore locupletiores fint, aut esse debeant, sed quo tempore esse potuerint, etsi non fint. Multoque minus in his verum esse tempus rei iudicatæ esse spectandum, ut sciatur an sint locupletiores, cum non minus antecedentia tempora spectanda sint, quibus aliquando locupletiores facti sunt, etiamsi rebus amissis desierunt tempore rei iudicatæ esse locupletiores. In bonæ fidei autem possessore, postquam constat eum ante litem contestatam non teneri, nisi quatenus locupletior est, hereditate autem ab eo petita, incipere teneri, etiam quatenus locupletior non sit: etiam illud consequens esse perspicuum est, si quæratur post petitam hereditatem quo tempore is locupletior esse debeat, ut ex eo iudicetur, utrum teneatur, necne, distinguendum esse; ut in his, quæ controversiam motam secuta sunt, nullum certum tempus spectandum sit, sed omnia, ut quodque erit, quo fuerit locupletior, etiam si postea desinat, aut adeo locupletior esse potuerit. In iis autem, quæ antecesserunt, spectandum sit tempus litis contestatæ, seu controversiæ motæ: quia si eo tempore locupletior est, futurum sit, ut non tunc solum, sed deinceps etiam perpetuo teneatur perpetuata per litis contestationem velut obligatione: sin eo tempore locupletior non est, nullo modo præteriti temporis nomine teneatur: cum eo tempore toto fuerit possessor bonæ fidei, Senatusconsulti autem verba diserte scripta fint, bonæ fidei possessores, quandiu tales sunt, usque eo teneri dumtaxat, quo locupletiores facti sunt.

XLI. Atque hæ res sunt, quæ potestate huius iudicii petitori a possessore victo restitui ex bona fide debent: ex quo etiam intelligimus totidem res esse, quas petitor hoc iudicio sibi restitui petat, & de quibus obtinendis hoc iudicio tanquam fine petitioni proposito agatur. Ut enim a principio monui, eas res petit quisque iure, quas eodem iure consequitur: nec consequitur per iudicem, nisi quod prius petitum fuerit. *L. ult. C. de fid. lib.* Has res dicimus petitorem de intentione sua probantem consequi hoc iudicio officio iudicis. *L. licet, D. de heredit. petit.*

XLII. In omnibus actionibus, ex quibus quid restitui debet, quales sunt omnes in rem actiones, officium iudicis ad restitutionem faciendam tale est, ut si res exstent, quæ restitui debent, iubeat iudex possessorem eas restituere, sive apud eum exstent, sive alienatæ apud alium, & præfiniat tempus, quod idoneum videbitur ad res restituendas: unde & hic iussus dicitur arbitrium iudicis. Si possessor restituit, & ita arbitrio paret, iudicio satisfactum est, & qui paruit, absolvitur. Si non restituit, sequitur condemnatio iudicis, qua reum condemnat in rerum æstimationem,

quæ

quæ nostris dicitur litis æstimatio. Quod si res non exstabunt, nullum hic arbitrium iudicis præcedet de his restituendis, alioqui ineptum & inutile futurum; sed statim æstimatio rerum in condemnationem veniet. *L. item veniunt*, *§. ult. D. de her. pet.* Id ita fieri in huiusmodi iudiciis apertius declaratur in *L. qui restituere*, *D. de rei vindicat.* in rei vindicatione quidem illic ab initio; sed ita, ut subiiciatur ad extremum generalis definitio, quæ doceet idem servari in omnibus actionibus, quibus agitur ad restituendum. Æstimatio autem rerum, in quam dicimus condemnationem fieri, non una est adversus omnes possessores, sed alias vera servatur; alias arbitrio petitoris permittitur iuranti se tanti rem æstimare, quod iusiurandum in litem vocamus, & sæpe verum pretium longe excedit. Si culpa tantum possessoris factum est, quominus posset rem restituere, condemnatur dumtaxat in verum pretium. Si dolo malo facit, fecitve, quominus restitueret, condemnatur, quanti actor in litem iuraverit: hoc in *d. L. item veniunt*, *§ ult. L. sed etsi. §. hæc verba*, *de her. pet.* & condemnatio est ad omnes actiones in rem pertinens: de qua apertius comprehensum est in *d. L. qui restituere*, *de rei vind. L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.*



CAP.

C A P. XV.

De effectu huius iudicii in iis, quæ reum attingunt; seu in iis, quæ possessori hoc iudicio circa res hereditarias vel tribuuntur, vel denegantur.

Continuatio. Duplex & reo praeditus finis & effectus petitionis hereditatis. I.
Primus in eo est, ut reus possessor absolvatur; quomodo hoc assequatur. II.
Alter, ut administrationem habeat, eorumve quae gessit, indemnitatem. Administratio in quinque rebus versatur; & quae illa. III.
Duo priora spectare ad possessorem certi iuris. IV.
Tria reliqua an & quatenus possessori permittantur, tribus quaestionibus explicatur. V.
1. *An liceat possessori res hereditarias distrahere commodo hereditatis; & quatenus illi per magistratum liceat.* VI.
2. *An & quatenus possessor, ubi de hereditate est controversia, pecunias debitas exigere, & res hereditarias a possessoribus vindicare queat.* VII.
Papiniani definitio in L. si bonæ fidei 49. D. de hered. petit. *explicatur, & simul quaestio expeditur.* VIII.
Contraria removentur; & quale hereditati praejudicium immineat indicatur. IX.
Quando petitor, ubi lis de hereditate adversus rerum hereditariarum possessores consistere possit, & quatenus agere cum debitoribus hereditariis. X. XI.
Conciliatur cum Papiniani distinctione in d. L. si bonæ *Lex* si post litem 13. D. de exception. *& huius lectio emendatur.* XII.
3. *An petitor, aut possessor hereditatis teneantur iudicium accipere sine exceptione conventi a creditoribus hereditariis.* XIII.
Quid novi hac de re statuerit Iustinianus; & quam recte triplex ab illo rerum facta distinctio. XIV. XV. XVI. XVII.
Possessorem indemnem praestari debere in administratione hereditatis: qualis eius indemnitas. XVIII.
An possessor heredi reputare possit quod solvit creditoribus hereditariis: interest, an liberatio debitoris inde sequuta: vel an ille debitum solverit, aut indebitum. XIX.
Indebitum nec bonae fidei possessor reputat, nisi ex iusto errore solverit. XX. XXIV.
Debitum vero quicunque possessor, si solvat hereditario nomine, & debitorem liberat solutione, & illud imputat heredi. XXI. XXIII.
Exponitur L. de hereditate 5. Cod. de petit. heredit. XXII.
Secus qui suo nomine solvit, non hereditatis. XXIV.
Sed & hic tamen imputat heredi, qui si non ipso iure, at per exceptionem liberatur: ita conciliatur L. 31. de hered. petit. *cum* L. 5. Cod. eod. XXV. XXII.
Neque solus bonae, sed & malae fidei possessor imputat heredi per exceptionem liberato: inter utrumque quid intersit. XXVI.

I. HActenus finis petitionis hereditatis in iis, quæ petitorem attingunt, & ad eum finem obtinendum hactenus huius iudicii effectus. Cum iudicium non solum petitorem habeat, sed etiam reum, cui & ipsi suus finis ad defensionem propositus est, quem eundem in iusta defensione non minus hoc iudicium tuetur: reliquum est, ut de hoc effectu iudicii, qui valeat ad reum tuendum, breviter dicamus, quæramusque, quid hic iudicium possessori vel tribuat, vel deneget. Possessori ex adverso duplex finis præpositus est.

II. Unus omnium rerum in iudiciis communis, ut absolvatur. Alter proprius huius iudicii, ut quoniam de hereditate re ampla agitur, quæ administratione maiore & accuratiore indiget, interim dum incertus est litis eventus, ignoraturque ad utrum pronuntietur pertinere hereditas, liceat hoc saltem possessori res hereditarias administrare, quod sine fraude damnoque eius fiat. Priorem finem, ut absolvatur, sic assequitur sententia iudicis, si aut se heredem esse doceat, aut petitor se esse non probet. Sic enim est commodum possessoris, ut actore non probante reus obti-

obtineat, & in suo loco maneat possessio, quanvis nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare, C. de edend. L. ult. C. de rei vind. §. retinendæ*, vers. *commodum. Inst. de interd.*

III. Sequens finis duas res continet, administrationem rerum hereditariarum, & in iis quæ gesserit, indemnitatem. Administratio omnis recta patrimonii in his fere rebus quinque consistit: in rebus recte colendis, tuendisque; in ære alieno dissolvendo, ne usuræ crescant, aut pignora distrahantur; in rebus distrahendis, cum utilitas patrimonii postulat; in pecuniis debitis exigendis, rebusve vindicandis; in actionibus creditorum suscipiendis. In quibus omnibus quæritur, quid possessor possit, quid item suscipere cogatur.

IV. Et priora duo nullam admodum dubitationem habent, præsertim ut sunt ea, quæ de restitutione possessoris diximus, quin & debeat possessor ea præstare, & ut debet, possit. Res hereditarias recte colere, & tueri possessorem debere tum satis intellectum est, cum diximus si res negligentia eius deteriores factæ sint, puta non ita cultæ, ut oportebat, id eum præstare debere: & si quem sumptum in eam rem facere debuit, neque fecit, eum culpæ huius reddere rationem, nisi sit bonæ fidei possessor, qui neglexerit ante controversiam motam. *L. ei qui. 54. §. ult. L. si quid possessor. 31. §. pen. D. de her. pet.* Et ut hanc operam debet possessor rebus hereditariis, ita & potest his præstare suo iure, neque in eo indiget concessione cuiusquam. Iure enim publico licet unicuique quanvis maxime extraneo alterius conditionem opera sua facere meliorem. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Debet & possessor æs alienum, si quod est, exsolvere. *L. non solum, D. de her. pet.* Scilicet ne usuris crescentibus aut pignoribus distractis hereditas aliquid detrimenti patiatur, cuius detrimenti nomine teneri possessorem satis dicit, qui dicit possessorem in his, quæ per eum facta sunt, quominus haberet, proinde condemnandum quasi possideret. Quod S. C. comprehensum est, pertinetque non solum ad possessores malæ fidei, sed etiam ad bonæ fidei possessores post controversiam motam. *L. sed etsi, §. si ante, §. perinde, D. de her. pet.* Et ut possessor id facere debet, ita & per se potest, quoties videtur. Illo enim recepto, licere unicuique alterius conditionem meliorem facere, consequens fuit, ut liceret unicuique pro altero solvere, ut invitum & ignorantem debitorem liberet, quod & placuit. *L. solutione, L. solverit, D. de solut.*

V. Tria sequentia habent dubitationem; priora, an possit possessor ea exsequi suo iure, postremum an suscipere cogatur: quæ eadem hoc exemplo & de petitore quæruntur, dubitatione in omnibus inde nata, cuius hic admonendi locus est, quod de petitione hereditatis ita ius constitutum est, ut nihil in præiudicium eius iudicii [1] fieri debeat. *L. Divus. 5. §. ult. D. de her. pet. L. ult. in pr. C. eod.* His autem omnibus ab uno ex litigatoribus susceptis præiudicium alterius petitioni aut iuri fieri videtur. Quapropter de his amplius videamus.

VI. Est igitur tertium in administratione hereditatis, ut liceat possessori res hereditarias pro commodo hereditatis distrahere. Hoc vero non statim licet & facere iure suo. Nondum enim constitit eum dominum esse, nec potest postulare ut sibi liceat tanquam iure suo vendere, quin præiudicium fiat hereditatis petitioni, quæ eum dominum esse, eoque & ius vendendi habere negat. Ideo placet, etsi quid tale instituat possessor, desiderante petitore prohibendum eum ante quam lis inchoaretur, ex ea hereditate, de qua controversia erit, aliquid distrahere. *L. Divus, de her. pet.* Quod si prohibetur facere ante litem inchoatam, multo magis & post litem contestatam, quo tempore petitori ad prohibendum plus iuris est. Nemo enim litem contestando cum reo deteriorem conditionem suam facit, sed meliorem. *L. non solet. L. nemo enim, D. de reg. iur.* Interdum tamen postulanti possessori distrahere

re

1) Quia caussæ maiori per minorem præiudicari non debet *L. 54. de iudic.* Maior autem hereditatis caussa, tum quia petitio est universalis, tum ut dicitur *d. L. ult.* ob auctoritatem Centumviralis iudicii: vocaturque hæc actio Centumvirale iudicium *L. 30. de lib. leg.* Etsi enim & alias, quoties de iure ambiguo & incerto contentio, Centumviri, quibus Prætor præsedit, cognoscebant, vid. *supra Lib. 17 Cap. 21. N. 5. Cap. 22. N. 5. & Cap. 34. N. 20* hanc tamen petitionem *d. L. ult. pr. d. L. 30.* ut & de inofficioso *L. 13. L. 17. princ. de inoff. test.* Quintil. *Lib. 7. Cap. 5.* Plin. *5. Epist. 2.* Cic. *2. de Orat.* Valer. *Lib. 7. Cap. 8.* & denique quascunque hereditarias caussas argum. *5. Sent.* Paul. 16. §. 2. omnimodo ad eos pertinuisse, etsi de facto ambigeretur nec potuisse hic iudices vel recuperatores addici probabile videtur. Confer. Cuiac. 10. *Obs.* 20. Goth. *in not. ad d. L. 17. princ. lit. A.* Quia vero ex hoc ordine septeni singulas caussas disceptabant, inde eadem septemviralia iudicia in epigraphe *L. 7. 28. ac 31. de inoff.* ut recte Cuiac. 14. QQ. *Papin. ad L. 15. §. 2. d. t. & 3. Obs.* 31. Contra Duar. ad eum *tit. Cap. 2.* & Iac. Schegk. *Premiss. Epist. 2.*

re res hereditarias a magistratu conceditur. Quod fit harum conditionum duarum alterutra, si aut satisder petitori de rebus restituendis, aut cavente solum eo distractio rerum videatur necessaria. *d. L. Divus, de her. pet.* Satisdat de rebus restituendis, qui. stipulanti petitori promittit, se si vincatur, restituturum res omnes hereditarias, aut earum aestimationem, & in eam rem dat fideiussores, qui idem adpromittant. *L. 1. D. qui satisd. cog.* Necessariam distractionem duae res faciunt: conditio rei quae venditur, & impensa hereditati necessaria. Conditio rei, si eiusmodi res sit quae venditur, quae mora aut peritura sit, aut deterior futura: ut si sint in hereditate vina, cervisiae, frumenta, aut aliae res edules, quarum aliae nisi vendantur, acescent, aliae aliter corrumpentur. Impensa hereditati necessaria necessariam rerum hereditariarum venditionem facit, si non sit pecunia in hereditate, quae suppetat ad eam impensam faciendam: ut proinde necesse sit res aliquas hereditarias vendi, unde pecunia conficiatur: ut si aliquid necessarium sit ad funus, si ad cibaria familiae emenda, seu ad reficiendas tuendasque res hereditati necessarias, si aes alienum exsolvendum, quo ad diem non dissoluto futurum sit, ut aut usurae currant, aut pignora distrahantur: haec in *d. L. Divus. 5. L. non solum. 53. de hered. petit.*

VII. Quartum est in hac administratione, ut possessor pecunias debitas exigat a debitoribus hereditariis, itemque res hereditarias ab aliis possessas vindicet a possessoribus. Haec vero an possit possessor facere, quaeritur: neque hic una dubitandi caussa est. Primum non potest is cum debitoribus hereditariis agere in personam, nisi sit heres, & se talem doceat. Actiones enim in personam non competunt, nisi creditori, aut creditore mortuo, eius heredibus. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Sed nec res hereditarias vindicare potest, nisi dominus. *L. in rem, D. de rei vind.* nec dominus esse quisquam potest rei hereditariae tanquam hereditariae, nisi heres: cuius est in dominium & ius defuncti succedere. *L. cum heredes*, in pr. *D. de acq. poss.* Atqui possessor hereditatis, cui sit hereditatis controversia, aut non est heres, aut in ea caussa est, ut non prius talem esse eum certo constet, quam de eo inter ipsum & inter petitorem hereditatis fuerit controversia. Sed esto, possit possessor adversus debitores hereditarios, aut adversus rerum possessores agens, probare se heredem esse, & hoc modo consistere adversus eos: tamen hic etiam alterum superest, de quo iuste dubitetur, an non possessori obstet: quod constitutum est videlicet, ne quid fiat, neve quod iudicium admittatur, quo praeiudicium fiat hereditatis petitioni. *L. 5. §. ult. de her. pet.* Quid enim, cum iste de hereditate mota possessor agit cum debitoribus hereditariis aut rerum hereditariarum possessoribus, & vincit, an non fit hereditatis petitioni praeiudicium? Et maxime, ut videtur. Sive enim in petitione hereditatis iudicatur pro eodem possessore, ut pronuntietur hic quoque esse heres, ideo priore illo iudicio praeiudicium factum est iudicio de hereditate, quia iudices priore moti videri possunt, ut in hoc posteriore idem iudicarent. Sive in petitione hereditatis iudicatur contra possessorem, nihilominus tamen semper verum erit, priore iudicio exemplum allatum esse iudicibus de hereditate cognoscentibus, ut idem sequerentur.

VIII. Et exstat de hac re tota definitio Papiniani in *L. si bonae fidei, D. de her. pet.* de qua videamus. Sic autem verba sunt; *Si bonae fidei* [1] *possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut iis qui res hereditarias occuparunt, consistere, audietur: utique, si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant.* At non potest consistere, ut diximus, nisi se heredem dicat & probet. Et hoc fatendum omnino est. Sed nihil vetat, quominus pendente lite de hereditate, possessor id de se probet adversus debitorem hereditarium, aut rerum possessorem, quanvis fieri possit, ut in iudicio de hereditate aliter iudicetur. Enimvero hoc solus videtur facere posse possessor bonae fidei, qui iustam caussam habet, cur existimet hereditatem ad se pertinere, & ut habet, ita & caussam probare potest. Non idem potest praestare malae fidei possessor, qui nullam habet huiusmodi caussam possidendi. Hinc est, quod Papinianus definitionem superiorem retulit ad bonae fidei possessorem, cui etiam soli istas actiones tribuit. Sed huic ipsi possessori quanvis bonae fidei, & se heredem intendenti, ac probare parato obstat adhue exceptio, si non praeiudicium fiat hereditati. De hac ergo tacite respondet Papinianus, aitque pos-

1) Nota hic inter moras litis bonae fidei possessorem dici. Ergo non perpetuum quod litis contestatio malam fidem inducat: vid. *Cap. prec. N. 14.* Nam malae fidei possessor nec his casibus actionem habet *L. 31. §. pen. h. t.*

possessorem consistere posse cum debitoribus in personam agendo, cum rerum possessoribus res vindicando, non simpliciter, sed utique, idest, si modo, seu hac conditione, *si periculum sit, ne* 3 *inter moras iudicii de hereditate actiones intercidant*. Qua conditione adiecta satis significat, si nullum tamen periculum immineat, possessorem hereditatis mota de hereditate controversia non posse superiores actiones exercere, quantumvis bona fide possideat, & se heredem esse intendens paratus sit id probare.

IX. Quid ergo obstat? exceptio, quam dixi, dum praeiudicium hereditati non fiat. Et tamen in superiore periculo actiones illas possessori bonae fidei concedit: quamobrem, intelligetur, si prius dixero, ubi hoc periculum immineat. Imminet autem hoc periculum hereditati aut ex genere actionis, aut ex persona eius, cum quo agitur. Ex genere actionis, si actio sit temporalis, quae brevi tempore exitura sit, ut intersit hereditatis, in tempore agere, ut actio iudicio inclusa fiat perpetua, aut in rebus ab alio possessis interrumpatur praescriptio: qui effectus sunt litis contestatae. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L. nec bona, C. de praescript. long. tempor.* Ex persona eius, cum quo agitur, si aut persona suspecta sit, quae facile fugere possit, & secum omnia sua, item & res mobiles hereditarias possessas auferre, aut videatur debitor labi facultatibus. In hoc, inquam, periculo etiam pendente hereditatis controversia vult Papinianus, possessorem hereditatis consistere posse iudicio privato & singulari adversus debitores hereditarios, & rerum hereditariarum possessores. Cur ergo in hoc periculo potius, quam tum cum nullum eiusmodi periculum obiicitur neque ex genere actionis, neque ex debitoris aut possessoris specialis persona? Nam & possessore hereditatis in isto periculo agente pariter fieri videtur praeiudicium hereditati: quod si fit, actionem exceptione removeri constat. *L. ult.* in princ. *C. de hered. petitio.* Et hoc sensit Papinianus, atque ita res habet, agente hoc casu hereditatis possessore, proprie non fieri hereditati praeiudicium. Tunc enim proprie alii praeiudicium fieri dicitur, cum iudicatur, quod alii noceat. Unde res inter alios iudicatas aliis non nocere; & aliis praeiudicium non facere, seu aliis non praeiudicare, pro eodem usurpantur: ut indicat *titul. Codic. res inter ali. act. & indic. al. non nocer.* in cuius inscriptione prius verbum positum est; in legibus subiectis eadem sententia posterius. Sic & in *L. saepe, penult. D. de re iudic.* Iam vero in superiore periculo actionum amittendarum tempestive agente & obtinente possesore, non modo id iudicum fit, quod hereditati noceat, sed etiam quod maxime prosit. Expedit enim hereditati proinde & petitori hereditatis res hereditarias salvas esse, quae alioqui essent periturae. Ne sit igitur mirum, si hoc casu agente hereditatis possessore, non obstet ei exceptio, quasi praeiudicium hereditati fiat. Sed ut caetera possessorem hereditatis agentem in hoc periculo admittant; attamen debitoribus aut possessoribus cum quibus agitur, iniuria fieri non debet. Atqui pendente hereditatis indicio, si possessor hereditatis cum debitoribus aut possessoribus agat, non videntur hi possessori sine iniuria condemnari posse. Quid enim, si possessor postea in iudicio de hereditate pronuntietur non esse heres? Restitutae res erunt ei, quem ex eventu appareat creditorem & dominum non fuisse, cui proinde debitores & possessores non tenebantur. Sed & debitores insigni iniuria afficientur; qui possessori, id est non suo creditori, solvendo cum liberari non potuerint, cogentur postea etiam solvere creditori. *L. invito, Cod. de solution.* An non igitur haec saltem caussa possessoris hereditatis actiones inhibebit? Minime. Nam possessori rerum singularum, cum quo possessor tanquam heres egit, & obtinuit, satis eo iudicio cautum est, ne iterum de eadem re teneatur. Res enim eo iudicio restitutas neque amplius possidet, neque dolo desiit possidere. Adversus eiusmodi rerum quondam possessores nulla est in rem actio. *L. qui petitorio. L. a quo servus, D. de rei vindicat.* Debitores autem possessori hereditatis quem postea heredem non esse apparuit, si solvant, non sane liberantur: *d. L. invito, Codic. de solution.* sed hoc periculum condemnationem adversus debitores suspendere potest, donec his a possessore cautum sit: actionem ipsam, de qua nunc agitur, inhibere non potest. Inhibebit certe condemnationem, donec desiderantibus debitoribus pos-

3) Cuiac. 20. *Obs.* 35. exponit *inter moras*, id est ante litem contestatam, post controversiam motam. Male. Nam haec verba *inter moras* in *L.* 23. *de R. V. L.* 60 §. 4. *de ri nupt.* quas ipse Cuiacius profert, significant inter moras iudicii accepti. Ac etsi eadem in *L.* 28. *pr. de admin. tut.* tempus inter in ius vocationem & litis contestationem denotent, nil tamen vetat hic generalius accipi *inter moras*, id est donec iudicatum fuerit, sive lis contestata sit, sive non: modo bonae fidei possessor vere manserit.

possessor hereditatis caveat, aut pro personæ qualitate satisdet, se, si iudicio de hereditate victus fuerit, aut acceptum restiturum, aut adversus petitorem eos defensurum: argumento in *L. ult.* in prin. *Codic. de heredit. pet.*

X. Hæc de possessore hereditatis dicta quæstionem attulerunt de hereditatis petitore, num & huic, qui se magis heredem esse confirmat, inter moras iudicii de hereditate eadem licere debeant adversus debitores hereditarios & rerum hereditariarum possessores, quæ concedi diximus hereditatis possessori. De quo & Papinianus per hanc occasionem subiicit in *d. L. si bonæ, de her. pet.* Et ostendit petitorem hereditatis in his actionibus movendis una in re inferiorem esse possessore, quod si possessor actiones movere velit, præferendus sit petitori; tunc autem solum admittendus petitor, cum possessor [4] negliget. Cæterum possessore negligente non solum admitti petitorem ad easdem actiones exercendas, sed etiam in his exercendis hoc superiorem esse possessore, quod citra metum exceptionis in rem agere poterit: id quod prius negaverat licere possessori, nisi sub conditione. Exceptionem Papinianus hic tandem illam intelligit, qua removeatur petitor ideo, quod dicatur in rem agendo præiudicium facturus hereditati. Hoc dissimiliter in petitore in rem agente, ideo quia, cum possessor hereditatis inter moras petitionis hereditatis in rem agit adversus rerum singularum possessores, & vincit eo iudicio se heredem esse, si idem pro eo iudicatur in petitione hereditatis, aperte præiudicium fit, & nocetur petitori, eiusque petitioni; quod ius vetat. Non idem evenit ex diverso petitore in rem agente. Nam si in eo iudicio pro petitore tanquam herede iudicatur, etsi pro eo idem iudicetur postea in petitione hereditatis; nullum tamen præiudicium dici potest fieri petitioni hereditatis in persona possessoris, quia possessor hereditatem non petit. Quod si adversus utrumque aliud iudicatum sit in iudicio de hereditate, quam iudicatum erat in privato iudicio: palam est, privato iudicio præiudicium factum non esse iudicio de hereditate, cum in eo iudices prius illud iudicium secuti non sint. Et ut forte quis putaret, eo modo nihilominus iudicio hereditatis præiudicium fieri; tamen id privato iudicio agenti nocere non debet, quia aut ex ea re nullum ei damnum esset, aut si esset, non esset æstimandum. Quod regulis iuris notis ostenditur: quarum una hæc est, non fraudari eos, qui sciunt & consentiunt. *L. nemo videtur, D. de regul. iur.* fraudari, id est fraudem & damnum pati. Altera, quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videri. *L. quod quis ex, D. de regul. iur.* Adiecit Papinianus ad confirmationem superioris sententiæ, æquitatem: quam significat illis verbis extremis; *quid enim, si possessor hereditatis negligat? quid si nihil iuris habere se sciat?* quasi diceret, hoc casu nemo non videt æquissimum esse petitorem hereditatis ad agendum admitti, ne possessore negligente si petitori locus non fiat, actiones intercidant.

XI. Sed Papinianus de actione in rem loquitur, quam solam petitori tribuit sine exceptione. Unde intelligimus si petitor hereditatis velit consistere cum debitoribus hereditariis in personam agendo, non idem probandum esse. Quod tamen ita dictum accipiendum est, non quod non sit petitor in personam agere volens ullo modo audiendus. Non enim minus se heredem esse dicit, nec minus probare potest, quam possessor, immo magis: sed quod non sit in hoc genere actionis audiendus alia conditione, quam qua possessorem eodem modo agentem audiendum esse ante dixerat: si, puta, periculum sit, ne actiones inter moras intercidant. Cur ergo actionem in rem petitori sine exceptione tribuit adversus rerum possessores, actionem in personam adversus debitores hereditarios non item? Hoc ideo, quia in actione in rem si a petitore hereditatis vincuntur singularum rerum possessores, nulla fit his iniuria, etsi in iudicio de hereditate idem petitor vincatur, & pronuntietur non esse he-

[4]) Non placet. Nam *d. L.* 49. indefinite dicit agere posse. Et quam rationem hic Donellus reddit, indistincte locum habet Nec v. *quid enim si &c.* hoc restringit, sed rationem priorum reddit. Cuius hic sensus: Alioqui, si negamus petitori actionem, eveniet ut si possessor hereditatis negligat, impune res hereditarias alii & citra periculum teneant. Adhæc additur *d. L.* 49 *Quid si nihil iuris habere se sciat.* Quod Donellus præterit. Quæ sive de malæ fidei possessore accipias, sententiam veram continent: is enim actionem ipse non exercet *d. L.* 49. *pr.* arg. a contrario *L.* 31. §. *pen. h. t.* sive cum Cuiac. 20. *Obs.* 35. ita interpreteris: si bonæ fidei possessor hereditatis nesciat, se quasi heredem ius habere in ea re Sed prius illud etsi displiceat Cuiacio, magis placet. Neque enim eo ipso quod bonæ fidei possessor est hereditatis, aliquid iuris habet in rebus ab alio possessis, cum an sit heres incertum sit Enimvero petitorem hereditatis, pendente iudicio, cum possidente aliquas res pro herede vel possessore, ratione aliarum rerum, quas singulari titulo alii possident, vindicationem intentare posse sine distinctione probant mihi *L.* 2. *&* 7. *C. h. t.* Et quia hæ ipsæ res in restitutionem iudicii universalis non veniunt, nec de iis possessor petitione hac conventus condemnatur.

heres: nam ut ante dixi, qui iudicio victi res restituerunt, quia non possident, nec dolo desierunt possidere, non iam amplius in rem actione cuiquam alii tenentur. *d. L. qui petitorio. L. a quo servus, D. de rei vind.* At non item certum est petitorem hereditatis agere posse in personam cum debitoribus hereditariis, & obtinere sine ipsorum nonnulla iniuria. Quid enim, si in iudicio de hereditate idem petitor iudicetur non esse heres? Eveniet scilicet, ut debitores ei solvendo liberati, non fuisse intelligantur. Et quanvis eis cautum sit de pecunia in hunc casum eis restituenda, tamen hoc illis erat commodius, ipsos inutili iudicio non vexari, & cogi postea alios creditores quærere. Propter metum igitur huius periculi atque iniuriæ non immerito placuit, nisi manifesta utilitas hereditatis actiones exerceri postulet, neque petitorem hereditatis, neque possessorem controversia hereditatis mota audiendos esse, si agere velint in personam cum debitoribus hereditariis.

XII. In hac Papiniani distinctione cætera omnia cum aliis locis consentiunt. Illud non videtur, quod statuit possessorem hereditatis ne in rem quidem agendo & res singulas petendo consistere posse cum rerum hereditariarum possessoribus, nisi hac conditione, si periculum sit, ne inter moras actiones intercidant: nempe quia agenti alioqui obstatura sit exceptio, si non hereditati præiudicium fiat. Contrarium scriptum videtur Iuliani in *L. si post litem, D. de exception.* Verba sunt hæc: *Si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur.* Res singulas sic accipe, hereditarias: & peti a petitore hereditatis, aut ab hereditatis possessore, inter quos est de hereditate controversia: peti autem actione in rem, id est, vindicentur: nam id petitionis verbum significat. *L. actio. D. de obligat. & actio. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verbor. significat.* Ut sic petantur adversus earum rerum possessores. Hoc, inquam, si fiat, *placet*, inquit Iulianus, *non obstare* petenti *exceptionem ; quod præiudicium hereditati non fiat.* Formula est exceptionis in hac re usitatæ, naturaliter significans id, quod verba ostendunt. Est enim hic sensus, quasi reus intentionem actoris exceptione corrigens ita diceret: licet tibi, o actor, res hereditarias pendente lite de hereditate a me vindicare, ut tibi licere intendis, probanti te heredem, ac per hoc dominum esse, sed licet, *quod*, id est, dummodo, seu hactenus dum *præiudicium hereditati non fiat*: hoc enim præiudicium hereditati fieri ius vetat. Atqui hoc præiudicium hereditati futurum est tua ista petitione: quamobrem nec tibi tanquam heredi hoc tempore res singulas hereditarias a me petere conceditur. Sic est usus huius particulæ, *quod*, in exceptionibus, ut inter innumeras indicat illa formula loquendi, quæ exstat in extremo edicti, ex quibus caussis maiores: *item si quæ alia mibi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam: quod eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.* L. prima. *in fin. D. ex quib. caus. maior.* quod licebit, id est, hactenus, seu eo usque, dum, vel quoad facere licebit. Ergo hoc Iulianus dicit, mota hereditatis controversia etiam si solum lis de hereditate contestata sit, posse possessorem hereditatis petere res singulas hereditarias ab earum rerum possessoribus, idque sine metu ullius exceptionis. Negat Papinianus in *d. L. si bonæ, D. de hered. petit.* Respondeo, nihil caussæ esse, cur non hæc responsa hac parte contraria esse putaremus, si quidem id diceret Iulianus, quod modo expressi. Sed dicit longe aliud, ex quo est istorum responsorum consensus. Nos loquimur de eo possessore, qui res hereditarias petit post litem de hereditate contestatam nondum finitam, cui scilicet præiudicium alio iudicio fieri potest, quod præiudicium ius non admittit. Iulianus autem in *d. L. si post. de except.* loquitur de eo sive petitore hereditatis sive possessore, qui res singulas hereditarias petit post litem de hereditate finitam. Si verba prima eius responsi sequeremur, ut vulgo leguntur, nobis obstarent. Sed quod in primis verbis aut vitiosum est, aut ambigue scriptum, id ratio subiecta tam evidenter explicat, ut nihil fieri possit evidentius in eam sententiam, quam modo dixi. Scribit enim Iulianus non obstare in specie a se proposita exceptionem illam, Quod præiudicium hereditati non fiat, & addit rationem: *futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatæ sunt.* Prætermissa est assumptio, & conclusio, quia ex ratione in qua propositio est, facile intelligebatur. Sed si explicatius hæc complecti volumus omnino perinde valet hæc ratio, quasi ita dictum esset: Ne quis miretur, si in specie quam proposui, negem superiorem exceptionem obstare. Istiusmodi enim exceptiones, quibus prospicitur, ne præiudicium heredi-

tati

tati fiat, comparatæ non sunt iudicii iam de hereditate facti nomine, sed futuri: idest, non sunt proditæ eo, ut noceant, cum iudicium iam de hereditate factum est, sed tunc, cum pendet adhuc & futurum est de hereditate iudicium. At species a me proponitur de lite hereditatis, de qua iam iudicium factum est. Res igitur dubitationem non habet, quin in proposito non sit locus superiori exceptioni. Etsi hanc vim esse istius rationis per se obscurum non est, ubi remoto genere toto, in quo locum non habent istiusmodi exceptiones, removetur species quæ est ex eo genere: tamen fiet certius, si cogitabimus, nisi insit in superiore ratione ista assumptio, & ad genus applicatio ea quam dixi, non modo nihil probare eam rationem, sed etiam maxime contra Iulianum facere. Quid est autem iudicium facere, unde iudicium factum? Dictum Latinis iudicium facere eodem modo, quo iudicare. Est autem Latinis iudicium facere idem, quod iudicare; ut apud Terentium: id mihi avus iudicium fecit. Sic & iudicium facere Latinis atque omnibus probatis auctoribus nihil aliud est, 5 quam iudicare. Unde illa apud Ciceronem passim occurrent: de quo ex ea re iudicium faciendum est; idest, æstimandum & iudicandum est, &, gravissimum iudicium de mea fide & constantia fecisti; idest, gravissime iudicasti. *lib. epist. famil.* 11. *epist. ult.* Hinc iudicium factum de re aliqua pro eo, quod de re aliqua iudicatum est: ratio loquendi non minus apud auctores frequens, a quibus ne necesse sit exempla passim obvia conquirere, sic bis iudicium factum usurpatur a purissimo scriptore Alfeno in *L. a quo servus*, *D. de rei vind.* Ergo apud Iulianum in *d. L. si post de exc.* iudicium non significat id, quod in usitata significatione est, cum verbum per se ponitur, nempe totam illam concertationem litis, quæ a lite contestata incipit, & in rem iudicatam desinit: sed ex adiuncto mutatur significatio, significatque sententiam iudicis qua de re iudicatur: ut sit illic iudicium factum, sententia, qua de re controversa iudicatum est, & lis finita: iudicium autem futurum, quod facto opponitur, sit sententia futura, seu ea, qua futurum est, ut postea de re iudicetur. Ergo hoc dicit Iulianus, huiusmodi exceptiones, quod præiudicium hereditati non fiat, propositas esse futuræ sententiæ caussa de hereditate, ne huic sententiæ alio iudicio præiudicium fiat; non etiam sententiæ latæ, & qua iudicium de hereditate iam ante factum est. Ex quo liquido apparet, quod dixi, speciem proponi a Iuliano, in qua velit petitorem hereditatis, aut possessorem res singulas hereditarias petere a possessoribus post litem de hereditate, de qua iam iudicium factum erat, idest, ut diximus, post litem de hereditate finitam. Sed obstant prima illa verba, *si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur*. Contraria sunt, lis contestata, & lis finita. Nam lis contestata est lis cœpta, cui contrarium est finita. Et obstant hæc verba omnino, si quidem retinemus. Sed cum sententia scriptoris manifesta sit ex ratione subiecta, non debemus dubitare, quin locus vitiose scriptus sit, & ita restituendus, ut verba speciei propositæ conveniant subiectæ rationi. Quod ita recte fiet, si ita legamus: si post litem de hereditate res singulæ petantur, detracto verbo *contestatam*, tanquam otioso. Nam post litem simpliciter dictum valet, post litem finitam, seu post litem, quæ iam nulla est, quia finita est. Nisi malumus pro *contestatam* legere concertatam minima mutatione duarum literarum inter se affinium *t*, in *c*, & *s*, in *r*, ut sit hæc oratio litem quoque finitam exponens, si post litem de hereditate concertatam res singulæ petantur. Sed hoc modo non memini loqui nostros scriptores: quapropter prius illud magis probatur. Et certe valde probabile est, cum scriptum esset a Iuliano, si post litem de hereditate, quosdam cum putarent orationi aliquid deesse, addidisse contestatam, ut explerent orationem: idque fecisse audentius, quod existimarent in ratione Iuliani subiecta iudi-

5) Et ita *factum iudicium* de re iudicata accipit Cuiac. 9. *Obs.* 27. adductis locis Cic. *pro Quintio*. Liv. *Lib.* 6. *Lib.* 7. *&* *Lib.* 38. & DD. vulgo teste Zasio ad *d. L.* 13. *n.* 3. quia per litis contestationem iudicium cœptum dicatur, non factum. Qui tamen *n.* 9. id improbat sentiens post sententiam non dici *factum* iudicium, sed perfectum. Sed aliter hæc accipit Ræv. 1. *de Præiud.* C. 14. Qui cum putet ea exceptione: *Quod præiudicium non fiat*, non hoc agere reum, ut vulgo DD. & Donellus hic, ut impediat ne fiat præiudicium: sed dum conqueritur, *quod non fiat*, in effectu eum postulare, *ut fiat præiudicium*: ut scilicet iudicium sequens ordinem accipere possit, ut idem *d. Lib. Cap.* 11. Hinc sic interpretatur *d. L.* 14. *Futuri enim* &c. id est ut ex iis fiat iudicium, vel ut in futurum aliquod iudicium transeant. Veluti: de hereditate contendi: Tota successionis controversia in iudicium deducta; video res quasdam ab improbis possessoribus teneri: Has vindico: Illi heredem me negant, & præiudicium hereditati fieri debere aiunt. Exceptionem non daturus prætor, ut in præiudicium transeat. Quia eæ exceptiones non facti iudicii nomine comparatæ. Hac autem in specie factum est iudicium de hereditate, ita Ræv. Plane ut de possessore potius hereditatis vindicante quam de petitore accipiatur *d. L.* 13. ut hic Donello videtur, nihil est quod vocat. Sed & si iudicium universale sententia transactum, non video quæ apta sit dubitandi ratio.

iudicium factum significare iudicium cœptum, quod fit per litis contestationem; quemadmodum iudicium futurum sæpe dicitur, quod nondum per litis contestationem cœptum est. *L. non quemadmodum, D. iud.* Sed quo minus iudicium factum illic ita interpretemur, cum usu certo Latine loquentium prohibemur; tum multo magis ratione Iuliani; quæ plane falsa est, si neget post iudicium de hereditate factum, id est, per litis contestationem cœptum, superiores exceptiones opponi posse, ut bene etiam a nonnullis veterum hæc interpretatio notata est, ut Ioanne, Petro, Bartolo, ex *L. fundum. & L. fundi, D. de exc.* Illud nullo modo defendi posse videtur, quod plerique veterum apud Accursium attulerunt, recte percipientes illi quidem sententiam Iuliani in ratione ab eo subiecta, quos & Bartolus [6] sequitur, eandem quam & nos defendimus, sed non æque feliciter, priora verba expedientes. Sic enim illa explicant, si post litem de hereditate contestatam, & finitam, vel terminatam. Nullo, inquam, modo hæc adiectio defendi potest. Nam si finitam addunt, ut interpretentur contestatam, quod verbum præcesserat, proinde faciunt, ac si litem cœptam interpretarentur finitam; quod non tam falsum est, quam ridiculum. Sin dicunt finitam non ut contestatam interpretentur, sed ut hoc verbum adiiciant, bis vitiose faciunt: primum quod adiiciunt id quod non probent Iulianum scripsisse, immo adeo id quod præcedentia verba non admittunt: deinde quod manifestum vitium superflui in hanc orationem invehunt: quia si dictum est post litem de hereditate finitam, superfluum est dicere post litem contestatam & finitam: cum si iudicio finita est, non possit quin ante sit contestata. Redeo igitur ad responsum superius, exceptionem huiusmodi, quod præiudicium hereditati non fiat, nocere posse possessori hereditatis res hereditarias singulas vindicanti post litem de hereditate contestatam, nondum finitam: at vindicanti post litem de hereditate finitam, & de qua iudicium factum est, nullo modo obstare. Cuius differentiæ ratio si quæritur, non est obscura. Quippe iudicio pendenti & sententiæ futuræ de hereditate præiudicium alio iudicio de rebus hereditariis instituto natura rei adferri potest. Potest enim in hoc iudicio prius id iudicari de iure possessoris, quod postea iudices de hereditate cognoscentes exemplo moti sequantur. At iudicio iam ante facto non potest aliud iudicium sequens præiudicium facere: quia in priore illo nihil est amplius, quod iudices iudicent, ut possint in eo alterius iudicii sequentis exemplum & præiudicium sequi. Sed nec priori iudicio iam facto sequens ullum nocere potest. Iudicium enim ante factum & res iam ante iudicata suam vim atque auctoritatem obtinet; quæ non potest sequenti ullo iudicio infringi aut immutari. Atque his sit nobis exposita & constituta definitio Papiniani ex *L. si bonæ. de hered. pet.* de actionibus hereditariis post litem de hereditate motam a possessore hereditatis, item & petitore exercendis.

XIII. Quintum est in administratione patrimonii, & postremum, ut si possessor a creditoribus hereditariis conveniatur, his respondeat. In quo quæritur, an creditoribus agentibus cogatur possessor aut petitor actiones suscipere. Estque in eo eadem dubitationis caussa, quæ in superiore parte, cum de actionibus a possessore aut petitore exercendis agitur. Ambo quidem se heredes esse contendunt; ut si tanquam heredes conveniantur a creditoribus hereditariis, satis his sua confessione teneantur tanquam debitores. Sed creditoribus ita agentibus, metuitur hic idem, quod supra, ne præiudicium fiat hereditati. Et certe quidquid hic statuetur pro creditoribus adversus possessorem hereditatis aut petitorem, quasi sit heres, aut non sit, id præiudicium adferre potest petitioni hereditatis, in qua de eadem re iudicandum est. Ex quo conventis parata eadem illa exceptio, quod præiudicium hereditati non fiat, si modo illud generaliter verum est, in præiudicium iudicii futuri de hereditate nihil fieri debere, quod traditur in *d. L. 5. §. ult. D. de her. pet.* Et satis significat Iustinianus in *L. ult. in pr. C. eod.* etiam in hac caussa nocuisse [7] eandem exceptionem creditoribus pendente controversia hereditatis cum possessore aut petitore hereditatis agentibus: certe de eo varias veterum controversias fuisse. Quinimmo etiam in libertatis petitione huiusmodi exceptiones nocuisse petentibus

6) Et Cuiac. 9. *Obs.* 27. Goth. in *d. L.* 13. Quod & refellit Zas. ad *d. L.* 13. peculiari interpretatione adducta, quem adi.

7) Illo namque modo eveniebat, quod plerique calumniis extrahebant creditores & legatarios, subornantes qui actionem instituerent, ut creditores & delegatarii diu suspenderentur. His calumniis Iustinianus obviam ire voluit, Sich. ad *L. ult. C. h. t. n.* 4.

tenti ad iudicium de libertate sustinendum constat. *L. si quis libertatem*, 7. *D. eod.*

XIV. Emendavit Iustinianus in *d. L. ult. C. eod.* & hoc in universum constituit, omnibus quibus quid ex testamento, aut ab hereditate debetur, licere etiam pendente lite hereditatis suum persequi tum a possessore, tum a petitore hereditatis, qui si esset vere heres, esset debiturus, neque petentibus ullam moram obiici ex eo, quod dicatur praeiudicium factum iri petitioni hereditatis: praeterquam in libertate, cuius praestationem vult usque ad annum differri, si tamdiu duret iudicium de hereditate. In quo tamen cum non omnium eadem caussa sit, quae petuntur, ut pariter ab utroque tam petitore, quam possessore peti possint, neque etiam videatur rei petitae praestatio semper contingere posse sine damno eius qui praestat, nisi praestanti consulatur: ideo Iustinianus rerum petitarum genera hic distinguit, & a quibus ille peti possint, & quam singulae sine damno cuiusquam, declarat.

XV. Est autem haec distinctio. Alia caussa est legatorum, alia pecuniae creditoribus debitae, alia libertatis testamento relictae. Legatum sibi relictum legatarius recte petit; sed solum a scripto herede, qui sibi hereditatem ex testamento defendit. Ab alio ideo frustra petitur, quia sive heres non est, sive est heres, quia id fit testamento prius inutili pronuntiato, ab eo utique libertas deberi non potest. Ab herede autem scripto ideo petitur recte, & statim, quia qui se heredem ex testamento esse dicit, idem & testamentum, & quae in eo scripta valere dicit: ut proinde non possit legatum ex eo testamento recusare, quod & valere, & a se tanquam herede deberi sua ipsius confessione confirmat. Sed quoniam fieri potest, ut qui tanquam heres iure scriptus praestiterat legatum, in iudicio de hereditate inutili testamento pronuntiato iudicetur, & ipse non esse heres, eoque nec legatum debuisse; cavet Iustinianus, ne is legatario petenti aliter legatum praestare cogatur, quam si is heredi scripto [8] caverit, aut pro conditione personae, quae forte suspecta sit, satisdederit, se si ille casus exstiterit, ei acceptum restituturum. In quem casum vult Iustinianus non solum acceptum restitui, sed una etiam usuras ex quarta parte centesimae currentes, ut ipse loquitur; ut veteres, usuras quadrantes; id est, in singulos centenos aureos in singulos annos, tres aureos. Nam eius sortis usura centesima in singulos annos efficit duodecim aureos. Si creditores agent, recte consistent & adversus possessorem hereditatis, & adversus petitorem, quoniam ambo se heredes esse profitentur, & uter eorum heres erit, eum [9] creditoribus hereditariis obligatum esse constat. Ideo & condemnati solvere cogentur. Neque id ipsis damnosum erit, quisquis erit iudicii de petitione hereditatis exitus. Nam si iidem, qui prius solverunt, in iudicio de hereditate pronuntientur esse heredes, apparet eos debuisse, eoque & iure solvisse. Sin adversus eos iudicetur; sic illis consulitur, ut si quidem possessor, qui solvit, victus fuerit, non aliter cogatur hereditatem restituere, quam si petitor eo nomine ei satisfaciat. Sin petitor solverit & victus erit, ei a possessore officio iudicis satisfieri debeat, aut hac condemnatione omissa habeat negotiorum gestorum actionem, vel condictionem ex lege, si quis de negotiorum gestorum actione dubitat: nam alio genere actionis certo proposito aliqua lege, huic condictioni locus non est. *L. unic. D. de cond. ex lege.* Si libertas testamento relicta est, sic de ea re ius constituit Iustinianus: libertatis directae eventum, fideicommissariae petitionem in annum differri iubet numerandum a morte testatoris, si quidem tandiu duraverit hereditatis controversia; nam ea ante finita, res ordine usitato geretur, ut prout pro testamento aut contra testamentum iudicatum erit, ita aut effectum habeat libertas, aut evanescat. Anno exacto needum lite de hereditate finita, vult directam libertatem exinde statim competere, fideicommissariam statim peti posse, dum ne falsum testamentum esse postea probatum fuerit.

XVI. Quod quidem ius in libertate videri potest a Iustiniano perabsurde constitutum. Primum illud, quod si legatum testamento relictum sit, vult petitionem legati statim repraesentari: si de libertate agitur, iubet praestationem & petitionem eius differri. Hoc vero & praepostere & absur-

8) Pro qualitate personarum dicitur *d. L. ult.* Et vult Sich. *ibid. n.* 6. iudicem arbitrari & aestimare num cautione iuratoria satis heredi prospectum sit, an fideiussoria praestari debeat. In hoc, inquit, arbitrio versabitur maxime qualitas legati. Si res mobilis, quae facile alio transferri potest, & persona suspecta, satisdatio requiritur. Sin immobilis, caeteris paribus, nuda cautio, argum. *Auth. cui relictum C. de ind. vid. toll.* Creditores autem non cavent, quia creditum semper debetur, sive testamentum valeat sive concidat.

9) Quia cum creditores non habeant caussam ex testamento, etiam a legitimo recte petunt, Sich. ad *d. L. ult. n.* 7.

absurde, ut videtur; cum videatur multo citius libertati idem in hac re, quod legato tribui debuisse: dictante scilicet regula iuris, quæ docet libertatem omnibus rebus favorabiliorem esse. *L. libertas omnibus D. de reg. iur.* Sed nihil hic non recte constitutum quanvis præter exemplum reliquorum legatorum. Sane enim libertas omnibus rebus favorabilior; sed hactenus, ut tunc præstetur, cum debetur, tum ut præstetur sine iniuria cuiusquam. Quod in proposito fieri semper non potest, si statim libertas præstatur. Quid enim, si testamentum, quo hereditas relicta est, postea nullum esse pronuntietur non ex caussa præteritionis vel exheredationis? Tum quidem ex eo libertatem non deberi nec præstandam esse constat. Nec dicemus nihil nocere eam statim præstari, dum præstetur ea lege, ut testamento rescisso restituatur: nam huiusmodi præstationem & conventionem libertas non admittit; quæ simulatque data est, non potest amplius [10] revocari. Toto *tit. C. si adver. lib.* Dissimilis caussa legatorum, quæ semel præstita restitui a legatario possunt, ut præstatio sine damno solventis contingat. Sed ex hac re incidit altera pars distinctionis in reprehensionem. Nam si hoc periculum versatur in præstanda libertate, cur libertas post annum pendente adhuc hereditatis controversia statim repræsentatur, ubi periculum idem agitur, ne contra testamentum pronuntietur? Et testatur Iustinianus hoc se favori libertatis tribuisse: de qua visum est ita recte constitui, ut neque repræsentaretur statim propter periculum superius, neque rursum propter libertatis favorem, quanvis in eodem periculo, longior mora ei afferretur.

XVII. Hoc iure constituto, hinc iam intelligimus, multum interesse mota hereditatis controversia inter petitorem hereditatis & hereditatis possessorem, utrum horum alteruter agat cum debitoribus hereditariis, an vero a creditoribus hereditariis conveniatur. Agere neuter potest cum hereditariis debitoribus, propter metum præiudicii, quod futurum est, ut hoc iudicio hereditati fiat: præterquam si periculum sit, ne alioqui inter moras actiones intercidant. *d. L. si bonæ, de her. pet.* Conveniri autem a creditoribus hereditariis ex superiore constitutione possunt sine metu ullius exceptionis, quasi hinc præiudicium futurum sit hereditati. Optima ratione utrumque propterea quod iis inter quos hereditatis controversia est, agentibus, non est iniquum suam ipsorum controversiam ipsis nocere, & actionem eorum morari; aliis autem agentibus, & suum persequentibus eam controversiam nocere, aperte iniquum. Sic est regula iuris, & æquitas naturæ, ut factum cuique suum nocere possit, adversario non debeat. *L. factum cuique, D. de reg. iur.* Ex eadem æquitate est & illud, neminem alterius conditionem facere posse deteriorem. *L. solvendo, D. de neg. gest. L. non debet alteri, D. de reg. iur.*

XVIII. Hæc de administratione hereditatis dicta sunt: in qua hoc quæri diximus, quid in superioribus administrationis partibus possessori hereditatis, atque huius exemplo petitori per iudicium hereditatis facere liceat, aut non liceat; quid item uterque suscipere cogatur, aut non cogatur. Sequitur indemnitas, quam possessor in universa hac administratione sibi præstari postulat. Ea duabus in rebus posita est: in periculo cautionis amovendo, si qua in re possessor nomine hereditatis se obligarit, & in sumptibus sarciendis quos possessor in hereditatem fecerit. Obligat se nomine hereditatis, veluti, si ob ruinosas ædes hereditarias damni infecti vicino caverit. Hoc qui fecit, placet illi hoc periculum sic amoveri, ut heres caveat, si quid possessor ex ea caussa præstiterit, se illum indemnem præstaturum. *L. illud, §. pen. D. de her. pet.* Simili cautione & possessori hereditatis prospici placuit, si is re hereditaria distracta obstrictus sit emptori. *L. item veniunt, §. ait senatus placere,* in fin. *D. eod.* De impensis a possessore factis in universum recte ita definiemus, quidquid possessor hereditatis in rem hereditatis impenderit, dum aut colit tueturque res hereditarias, aut æs alienum dissolvit, aut iudicio persequitur pecunias debitas, omnem hanc impensam deducere eum posse de hereditate, ut nec prius restituere hereditatem cogatur, quam sit ei eo nomine satisfactum. id quale sit, intelligetur ex eo iure, quod proditum est de impensis a possessore in hereditatem factis deducendis. Cuius iuris hæc fere summa est, ut necessarias impensas deducat possessor omnes: utiles item omnes: voluptuarias non deducat, utpote hereditati inutiles. Tantum si quid posuit, quod adhuc extiet, sit ei potestas eius detrahendi, quod quidem sine incommodo rerum hereditariarum facere liceat: hæc de his generibus expli-

[10]) Tarde autem concedendum est quod datum non adimeretur, ut ex Corn. Tac. *Lib.* 13. Cuiac. 9. *Obs.* 27.

explicantur pluribus in *L. si a domino, §. ult.* & *LL. 3. seqq. D. de her. pet.* Sed in his multa quæruntur explicatu necessaria: multa sunt etiam diversa ab eo iure, quod de his impensis proditum legimus in vindicatione rerum singularum: quæ quia intelligi non possunt nisi cognita utriusque iudicii natura, ideo totam hanc tractationem in rei vindicationem differemus.

XIX. Tantum unam speciem huius impensæ attingam, quæ propria est huius iudicii. Ea est, cum possessor hereditatis in patrimonii administratione solvit creditoribus, sive qui hereditarii erant, re vera, sive qui putabantur, quæriturque, an solutum possit reputare heredi, & deducere: Idque eo attingendum est hoc loco diligentius, quod de ea re in hoc argumento varie scriptum videtur: sed & exstant de ea quæstione obscure scripti loci nonnulli, ut *L. si quid possessor, D. de her. pet. L. de hereditate, C. eod.* quorum utrumque in primis interpretationem desiderat. De eo sic habendum est. Cum quæritur, an possessor hereditatis possit deducere quod solvit creditoribus hereditariis, aut tanquam creditoribus, quæstio in eo est, utrum utilem hereditati in eo impensam fecerit, necne. Si utiliter impendit, deducet, ut reliquas impensas utiles: si non utiliter, non deducet, ut nec reliquas inutiles impensas. *L. plane, & L. seq. D de her. pet.* Sic porro utiliter, & in rem hereditatis solvit, si ea solutione hereditatem, & per hanc verum heredem liberat. Isto enim modo in hereditatem & heredem confert liberationem, rem aperte utilem debitori: quamobrem & tum quod solvit, detrahet. Quod si solutio omnino heredem non liberat, tum vero impensa hereditati est inutilis; eoque nihil hic deducet. Ita iam quæstio summa & veluti status huc redit, ut quæratur, an possessor solvendo debitorem liberet: postquam si liberat, deductio est; si non liberat, nulla est deductio. De quo ex hac distinctione statuendum est. Quod solvit possessor iis, quibus putavit deberi, aut indebitum fuit, aut debitum.

XX. Si indebitum, etiamsi per errorem solverit, quod accidit bonæ fidei possessoribus, non imputabit, non deducet. *L. item veniunt, §. ait senatus placere, in fi. D. de her. pet.* Merito: est enim hæc impensa hereditati, nisi liberetur, inutilis: non liberatur autem, neque adeo potest liberari, quæ nihil debuit. Verumtamen hoc ita temperandum esse visum est in bonæ fidei possessore, eodemque scripto herede, nisi ei iustus error natus sit ex testamento ipso, quo fideicommissum ab eo relictum erat, ut testamentum valere existimans, iure quoque se præstandi necessitate teneri putaret. Finge aliquem institutum esse testamento, quod omni ex parte iustum putabatur, dum scilicet ignoratur aliud testamentum posterius factum, aut falsum esse testamentum alio falsi auctore. Rogatum heredem, ut centum daret Titio. Si dederit hic bonæ fidei possessor, deinde appareat postea eum heredem non esse, testamento rupto aut falso pronuntiato; in hac specie ita placuit, ipsum primo pecuniam repetere debere a Titio, cui indebitam solvit: si consequitur, ei satisfactum esse. Sin Titius aut fugit, aut solvendo non est, æquitatis ratione in tam iusto errore subveniendum esse possessori, ut cessis actionibus suis adversus Titium, possit deducere de hereditate, quod solvit: sententia est *L. quod si possessor, D. de her. pet.*

XXI. Quod si possessor solvit creditoribus hereditariis, quibus vere debitum fuit; etiam hic refert, utrum nomine hereditario solverit, an suo. Utrum factum sit, verba solventis indicabunt. Nomine hereditario seu heredis solvere intelligitur, qui solvit his verbis: En tibi pecunia debita ab illa hereditate: vel, en tibi pecunia, quam Titius defunctus, aut quam heres defuncti Titii tibi debuit. Suo nomine his verbis: heres sum Lucii Titii: en tibi quod ex ea caussa tibi debeo: quo modo possessores hereditatis bonæ fidei solvere solent, dum se falso heredes esse existimant. Qui nomine hereditario, seu quod ab herede debetur, solvit, is heredem liberat, sive ipse sit heres, sive alius. Unusquisque enim pro alio solvere potest, & quidem ita, ut eum non solum ignorantem, sed etiam invitum liberet. *L. solutione, L. solvere, D. de sol.* Et quod liberat, indicat eum solvisse debitum: quæ res facit, ut nec habeat condictionem indebiti, qua solutum a creditoribus repetat: non est enim condictio soluti, nisi indebiti. Utilis ergo hæc impensa, quæ sine metu ullius revocationis heredem debitorem liberat. Proinde impensa eiusmodi, quam possessor in restitutione hereditatis iure detrahat. Hæc sententia est *L. de hereditate, C. de pet. her.* de quo scripsi quidem iam ante sub titulo de condictione indebiti. Sed nihil vetabit ob difficultatem loci, & quia res pertinet ad explicationem *L. si quid possessor,*

sor, *D. hoc titulo*, de eo etiam nunc nonnihil attingere. Ergo detractionem soluti illic quidem rescriptum possessori tribuit, negatque id solutum repeti posse a creditoribus, quibus solutum est.

XXII. Sed an id de eo responsum sit, qui hereditario seu heredis nomine solvit, ambigi potest. Quinimmo verba ipsa prima fronte videntur refragari. Verba adeo ita sunt: *De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.* Agitur ergo illic de bonae fidei possessore, eodemque qui bona fide solvit creditoribus hereditariis: cuius persona facit, ut quia falso se heredem esse existimat, ideo videatur solvisse potius suo nomine: proinde nec liberare heredem, sed habere condictionem indebiti soluti. Et vero in isto possessore solvente hæc omnia diserte responsa sunt in *L. si pæne*, §. 1. *D. de condict. indeb.* Sed nihilominus hoc tenendum est, sic esse speciem *d. L. de hereditate*. Ut intelligatur proponi is possessor, qui nomine hereditario seu heredis solverit. Mitto, quod dicitur possessor exsolvisse creditoribus hereditariis: quod quidem nemo proprie facere dicitur, nisi qui solvit tanquam creditoribus hereditariis, id est nomine hereditario, seu quia his ab hereditate debetur. Qui enim suo nomine solvit, magis dicendus est creditori suo solvere. Sed hoc fortasse incertius. Id potius indicat ratio illic subiecta. *Nam a creditoribus*, ait Antoninus, *qui suum receperunt, repeti non potest*. Quasi diceret: recte dixi detrahere te posse de hereditate, quod creditoribus eiusdem hereditatis bona fide solvisti, non autem posse repetere a creditoribus, quibus solvisti: nam ab iis qui suum receperunt, repeti non potest. Loquitur ergo de iis creditoribus, qui suum receperunt: id est sibi debitum. Non enim solvitur, nisi quod debetur; *Inst. quib. mod. tol. obl.* in princ. nec creditores sunt, qui suum vindicant, sed quibus debetur. *L. creditores*, *D. de verb. signific.* Et quod pluribus ostendi sub illo titulo de condictione indebiti, tum demum proprie dicitur creditor sibi debitum recipere, cum ab utraque parte & accipientis, & eius cuius nomine solvitur, debetur id quod solvitur, id est, ita debeatur, & ut debeatur ei, cui solvitur, & debeatur ab eo qui solvit, aut eo, cuius nomine solvitur. *L. in summa*, §. *ult. D. de cond. ind.* Quare si possessore hereditatis solvente recte dicuntur creditores suum recepisse, necesse est intelligi possessorem, quia non debuit, solvisse nomine heredis, a quo debebatur. Sane interdum dicitur creditor sibi debitum recipere, etiam tum cum is qui solvit, neque debet ipse, neque pro debitore solvit, sed quasi deberet ipse, solvit suo nomine per errorem; ut in *L. si pæne*, §. 1. *D. de cond. ind.* Sed hoc improprie, & tunc, cum apparet scriptorem id sensisse: quomodo accipi non debet nec potest in *d. L. de hereditate*.

XXIII. Quæret aliquis, quomodo fieri possit, ut bonæ fidei possessor, qui illic proponitur, solvere possit nomine hereditario, non suo; cum se heredem esse existimet. Et certe quandiu nullam caussam habet, cur non se existimet esse heredem, vix est, ut possit alio nomine solvere, quam suo. Sed potest id facere, cum cœperit [11] dubitare de suo iure, lite forte cum eo contestata, vel controversia ei mota de hereditate. Tum enim sibi prospicere solet, ne temere solvat, sed ita ut nomine debitoris: proinde heredis, quisquis is esse postea comperietur, sive ipse, sive petitor hereditatis. Hoc modo qui solvit possessor, etiam si sit malæ fidei, imputabit heredi, & deducet de hereditate, quod solvit. Sic enim solvendo, quisquis is est possessor, heredem, pro quo solvit, liberat. *d. L. solutione*, *L. solvere*, *de solut.* Quo facto non minus hæc impensa heredi est utilis. Impensas autem utiles non minus deducit malæ fidei possessor. *L. plane*, *D. de hered. pet.* Non id negat Antoninus in *L. de hereditate*, cum bonæ fidei possessori deductionem soluti ita tribuit, si creditoribus hereditariis bona fide exsolverit. Sane enim possessor malæ fidei etiam tunc, cum solvit nomine hereditario, ut heredem liberet, nihilominus hereditatem mala fide possidet; sed quod isto animo solvit, solvit bona fide. Nihil enim potest videri non bona fide gestum, quod ex præscripto naturalis & civilis rationis gestum sit. Tale est autem omne, in quo alterius conditionem meliorem facias; facis autem, ubi liberes. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* *L. solvere*, *de solut.*

XXIV. Quod si possessor hereditatis solvit creditoribus hereditariis suo nomine, dum scilicet errore deceptus penitus se

11) Recte vid. *supra Lib. 5. Cap. 17. N. 1.*

se heredem esse existimat, aut dum prædo, qui constituit quovis prætextu se gerere pro herede, nominatim dicat se tanquam heredem suo nomine solvere, tum neque debitorem, eumdemque heredem liberat, & conditionem habet, qua solutum a creditoribus repetat: hoc Ulpianus in *d. L. si quid possessor, de hered. pet.* & recte. Primum hic non liberat heredem, atque adeo neminem liberat. Non se, quia non debuit: non heredem, quia noluit. Unde dictum, posse quidem unumquemque liberare debitorem solvendo; sed ita, si pro eo solvat. *d. L. solvere. de solut.* Quod si possessor hac solutione debitorem non liberat, argumentum est indebitum solutum fuisse: cum solutione eius quod debetur, idest, debiti, tollatur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. tol. oblig.* in princip. Cui iam illud consequens est, ut sit ei qui solvit, eius indebiti soluti condictio adversus creditores. *L. 1.* & deinceps. *C. de cond. ind.* si tamen bonæ fidei possessor fuit, qui solvit, de quo & Ulpianus loquitur in *d. L. si quid possessor, de hered. petit.* Nam malæ fidei possessor, nec si suo nomine non a se debitum solvat, condictionem habet. Sciens enim indebitum solvit: quod qui facit, solutum quanvis indebitum repetere non potest. *L. indebitum, C. de condict. ind.* Est & hæc sententia ex professo & definite tradita a Pomponio in *L. si pœnæ, §. 1. D. de cond. ind.* idque sub eadem persona possessoris bonæ fidei, qui falso existimans se heredem esse solvit creditoribus hereditariis: *hic*, inquit Pomponius, *neque verus heres liberatus erit; & is quod dedit, repetere poterit.* Quippe is solvit suo nomine, quod non debebat: idque ex eo facile intelligitur, quod proponitur solvisse, dum falso errore sibi persuadet se heredem esse, eoque & se debitorem non alium. Ne nos moveat, quod initio Pomponius definitionem rei concepit, ut eam referret ad eum creditorem, qui sibi debitum recepit: quibus verbis supra diximus significari creditorem eum, cui aut debitor ipse solvit, aut alius nomine debitoris. Proprie enim is creditor significatur solus: cum debitum, nisi ex utriusque debitoris & creditoris coniuncta persona non constituatur. *d. L. in summa, §. ult. de cond. ind.* Atque hac significatione creditorem suum recepisse accipere debemus, cum in *d. L. de hereditate, C. de pet. hered.* tum in *L. repetitio.* ubi eadem definitio exstat. *D. de cond. ind.* Hæc enim regula interpretationis tenenda est, nunquam aliter a significatione propria verborum recedendum esse, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, D. de leg. 3. L. 1. §. licet.* vers. *in re igitur, D. de exer. act.* Nihil autem proponitur in superioribus locis duobus, unde intelligatur superiora verba aliter quam proprie accipi debere. At interdum minus proprie dicitur creditor sibi debitum recipere, cum creditori quidem debetur, sed solvitur ab eo, qui cum non deberet, solvit suo nomine, non nomine debitoris. Hunc vero creditorem Pomponius intelligit: quod cum manifestum sit eum sentire, etiam eadem regula interpretationis docemur, id accipi oportere. *d L. non aliter, de lega. 3.* Definitio eius hæc est: *quanvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit.* Ait, *si is qui dat, non debitum dat.* Non dicit non debitum a se, ut prius dixerat, si quis recipiat debitum sibi. Ergo eum dicit generaliter, qui neque debitum a se dat, neque debitum ab alio, cuius nomine solvat. Id magis confirmat exemplo subiecto de bonæ fidei possessore, qui falso existimans se heredem esse solvit. Si nihil aliud de huius animo proponatur, non potest possessor in hoc errore videri aliter solvere, quam suo nomine; qui ut se solum heredem esse, ita & solum se debitorem esse existimat. Nec quisquam hic mihi dicat, istum bonæ fidei posseſsorem solvere quidem suo nomine, sed hac conditione, si sit heres. Recte enim hic respondebimus, quod Celsus in re non dissimili in *L. quod meo, §. 1. D. de acq. poss.* ridiculum est dicere bonæ fidei possessorem non aliter velle solvere suo nomine, quam si heres sit. Immo vult solum suo nomine solvere, quia existimat se hoc nomine solum facere, dum se solum debitorem putat.

XXV. Hæc cum ita sint in eo posseſsore hereditatis, qui solvit suo nomine, non liberari scilicet hac solutione heredem, & solutum creditoribus condici posse; quid aliud consequens esse videbatur, quam posseſsorem hunc non posse id solutum reputare heredi tanquam impensam hereditati & heredi inutilem? Reputare tamen eum posse Ulpianus scribit, sive is bonæ fidei posseſsor sit, sive malæ fidei. *d. L. si quid possessor, de her. pet.* Qui igitur hæc cohærent, cum dixerimus, & verum sit, inutilem impensam deduci non posse; *L. plane. & L. seq. de her. pet.* esse autem inutilem eam cum posseſsor solvit creditoribus, & debito-

bitorem non liberat? Hoc ibidem expedit Ulpianus. Sane enim inutilis est impensa, nec deducitur ea, quæ heredem non liberat. Sed cum possessor solutum imputat heredi volens id manere penes creditores eo animo, ut cedat heredi ad liberationem; tum heres liberatur, non quidem ipso iure, sed per exceptionem. Ipso iure liberari eum negat Ulpianus in principio responsi, tunc, cum possessor suo nomine solvit. Liberari autem per exceptionem etiam hoc casu, indicat postea illic. *Sed & petitor*, inquit, *si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit:* nempe ea, quam illi superior solutio attulit. Quando autem hæc exceptio est petitori hereditatis, eidemque heredi? Tunc, inquam, cum solutum manet penes creditores possessore id solutum non repetente, sed volente id in debitum hereditarium cedere. Quæ hic exceptio? Doli mali. Unde? Ex eo, quod si creditores dum pecuniam nomine debiti, quod hereditarium erat, solutam apud se habent, eandem adhuc repetunt a vero herede, bis idem exigunt. Hoc autem contra bonam fidem. *L. bona fides, D. de regul. iur.* Quidquid autem contra bonam fidem est, idem fit & dolo malo: quandoquidem fides bona contraria est fraudi & dolo. *L. 3. §. ult. D. pro soc.*

XXVI. Illud notandum in hac solutione, liberato ad istum modum per exceptionem herede, non solum possessorem bonæ fidei posse id solutum reputare heredi, sed & malæ fidei possessorem. Hoc enim Ulpianus utrique generi possessorum tribuit in *d. L. si quid possessor*. Solum hoc interesse vult in hac re inter utrumque, quod bonæ fidei possessor reputare a se solutum potest, etsi non caveat se petitorem adversus creditores iterum petitores defensurum: tantum ut condictionem quam adversus eos habet, petitori cedat: possessor autem malæ fidei ita id imputat, si superius illud caverit. Non exigitur superior cautio a bonæ fidei possessore, *quia*, inquit, *in eo quod is solvit, non videtur esse locupletior*: scimus autem bonæ fidei possessorem ultra quam locupletior ex hereditate factus est, non teneri. Quæ ratio tunc recte usurpatur, cum possessor solvit de pecunia hereditaria: nam tum cum illi tantum de hereditate absit, vere dicitur eum ad eam summam ex hereditate locupletiorem non esse. Sed non minus & tunc locum habet, cum idem solvit de suo: nam tantundem ex hereditate possidens, recte dicturus est se id tanquam eo locupletiorem restituere non debere: quia non videatur habere is, cui tantundem abest. arg. *L. Labeo & Sabinus, D. de ver. sign.* Condictionem autem bonæ fidei possessor ideo petitori cedere debet, quia eam habet, & ex caussa hereditaria nactus est. Usus autem condictionis cessæ hic futurus est, ut magis confirmetur heredi adversus creditores exceptio: quoniam qui actionem habet, ei multo magis eiusdem rei nomine exceptionem competere quis dixerit, ut est regula iuris. *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Quod ad malæ fidei possessorem attinet eadem reputatione utentem, non exigimus, ut condictionem indebiti cedat petitori, quia, ut supra dixi, hanc nullam habet, qui sciens indebitum solvit. Illud quæri solet, cur vel hoc exigatur ab eo, ut caveat petitori se eum adversus creditores defensurum. Nam petitorem exceptionem adversus creditores habere concedimus. Hac exceptione tutus aliam defensionem non desiderat. Inutilis igitur, ut videtur, alia de eo defendendo cautio: neque porro æquum est supervacua cautione quemquam onerari. *L. hæc stipulatio, §. 1. D. ut leg. seu fid. no. ca.* Et si quidem de pecunia a possessore soluta, nec repetita, deque ea a possessore heredi imputata constaret, certa esset petitori exceptio parata adversus creditores, neque tum necessaria esset illi ad defensionem sui alia cautio. Sed possunt creditores agere iniuria, & pecuniam sibi non solutam, aut solutam ex alia caussa, aut etiam a se repetitam dicere. Quod si fit, non officiet exceptio petitori parta, quominus cum creditoribus iudicium suscipere, iudicii molestiam & sumptus in exceptione probanda sustinere cogatur. Adversus hanc molestiam, atque hoc periculum probationis valet cautio superior; qua fit, ut possessor hanc omnem molestiam & sumptus in se suscipiat: nisi suscipit, & aliquid ex ea re damni est petitori, stipulatio in id quod interest petitoris committatur. *L. si pœnam. L. si quis stipulatus. 112. D. de verb. oblig.*

CAP.

CAP. XVI.

Si pars hereditatis petatur.

Pars hereditatis in petitione distinguitur a petitione totius; ideo & utriusque distincta tractatio. I.
Qui ex parte heres est, partem hereditatis cogitur petere: quando hoc iure & ille utatur qui totam ad se pertinere contendit. II.
Ab eo qui totam possidet, licet & partem petere hereditatis; qui invicem possident, possunt & invicem petere. III.
Pars hereditatis petenda a singulis possessoribus etiam coheredibus. IV.
Præterquam si coheres cum extraneo possideat; & quare. V.
Item ab extraneo, eodemque tertio possessore coheres uterque reliquum hereditatis petet. VI.
Exceptio. VII.
Heres pro parte petere potest quæsitam partem dumtaxat, non autem speratam. VIII.
Hanc vero etsi incertam ex natura rerum: Cuiusmodi exempla duo. IX.
Ita tamen ut eadem certa fiat ex interpretatione iuris. Hoc quid sit. X.
Restitutionem partis peti posse, & iuberi pro indiviso a iudice. XI.
Edictum: si pars hereditatis petatur *qui fuerit a prætore conceptum.* XII.

I. QUæ de petitione hereditatis hactenus diximus, quia de genere toto dicta sunt, ad omnem hereditatia petitionem pertinent, sive quis totam hereditatem petat, solum se heredem esse contendens, sive petat partem, quam ad se pertinere intendat. Utrum enim horum petatur, semper utrobique petitur hereditas. Ideo una quoque utrohique hereditatis petitio est, quæ iisdem legibus intenditur, eidem competens, adversus eosdem possessores, de iisdem rebus hereditariis pro parte, tum ut pro modo eius partis res restituantur. *L. licet, D. de her. pet.* Sed non ut ea quæ hic diximus, in utraque specie pariter valent pro portione, ita pariter valent sola. Si quis totam hereditatem petit, non solum eam petitionem illa informant, sed etiam ad eam rem sola sufficiunt. Si partem hereditatis, non item. Incidunt enim in hanc petitionem partis pleraque in singulis prope petitionis partibus, quæ petitionem dubiam faciunt. De quibus ut ius distinctum est, ita & separatim proponi ac tractari oportuit. Quod & factum est olim a prætore in edicto, & inde huic parti edicti proprius titulus attributus in Pandectis hac inscriptione; *Si pars hereditatis petatur. Post actionem,* inquit Ulpianus, *quam proposuit prætor ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit & ei proponere, qui partem hereditatis petit;* hoc in *L. 1.* in princ. *hoc tit.* Proposita est ergo hereditatis petitio edicto prætoris? Apparet. Atqui petitio hereditatis est civilis actio, non prætoria, *L. 1. D. de possess. her. petit.* actio nata ex legitimis & civilibus caussis; quæ civilium actionum descriptio est apud Iustinianum in *§. sed istæ, Instit. de action.* Habet enim hanc caussam, quod qui agit, heres est, & hereditatem suam esse intendit aut totam, aut pro parte. *d. L. licet, de her. pet.* Heredes autem prætor non facit, sed ius civile. *§. quos autem, Inst. de bon. possess.* Sed non solæ prætoriæ propositæ sunt edicto prætoris. Propositæ fuerunt & civiles: verum dissimiliter. Illæ edicto actionem primum inducente: hæ edicto de actione, quæ iure ipso esset, cives publice commonefaciente, ne quid illi de iure suo ignorarent: quod genus edicta inde a veteribus monitoria sunt appellata: ex quo librorum sex Callistrati inscriptio, edictorum monitoriorum, ut legimus in indice auctorum iuris, qui præpositus est Pandectis Florentinis. Sic enim ius fuit prætorium, & scopus in edictis publice in albo proponendis, ut his propositis scirent cives, quod ius quisque de re quaque dicturus esset, seque præmunirent, ut testis est Pomponius in *L. 2. §. eodem tempore, D. de orig. iur.* Quam ad rem necesse fuit de omnibus actionibus, quibus quisque experiri vellet, edicta proponi: proinde & in his de civilibus: quod & factum est: & inter innumeras exemplo

plo est [1] actio commodati: quæ cum sit civilis: *L. in commodato*, *§. sicut*, *D. com.* proposita tamen fuit edicto monitorio a prætore. Exstatque id edictum in *L. 1. D. eod.* Proposuit autem prætor, inquit Ulpianus, actionem ei qui partem hereditatis petit, post actionem quam proposuit ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit. Quid ergo, duæ sunt istæ & diversæ actiones de tota hereditate & de parte, ut eas distincte, & separatim proponi oporteret? Sane: neque enim aliter una post alteram diceretur proponi, nisi essent duæ, & distinctæ. Atqui & de tota hereditate, & de parte vindicanda, una est, ut dixi, petitio hereditatis. *d. L. licet, de hered. pet.* Et ita res habet: genere & substantia rei una est & eadem de utraque re hereditatis petitio: quia utrobique petitur hereditas, & ea nostra. Circumstantiis distant hæ petitiones, quas circumstantias secum ducit petitio partis. Atque hinc istas velut species distinguendi caussa. Quodni ita esset, cum satis dictum esset de tota hereditate vindicanda, supervacua esset omnis de parte tractatio. Vere enim dictum est a Caio, quæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem & de parte intelligenda esse: officioque iudicis contineri pro modo partis ea quoque restitui iubere, quæ simul cum ipsa parte restitui debent. *L. quæ de tota*, *D. de rei vind.* Quod nos & de partis hereditatis petitione confirmamus. Sed ita dicimus in hac parte intelligenda esse eadem, ut in ea amplius spectanda sint & alia: de quibus solis nunc tractatio instituitur, propria illius Tituli *D. si pars hered. petat.* cuius nunc sententiam parum per se expeditam breviter exsequar, & quod reliquum est in universo genere petitionis hereditatis pertexam.

II. Exsistunt igitur in parte hereditatis petenda propriæ quædam dubitationes, & hæ propemodum in singulis partibus huius petitionis; id est, & de petitore ipso partis; & de possessore, cum quo agitur; & de re ae parte petita; tum etiam de fine & effectu huius petitionis. De petitore hoc quidem certum ius est, unumquemque qui partem hereditatis ad se pertinere dicit, eam partem petere posse. *L. licet*, *de her. pet. L. 1.* in prin. *§. 1. hoc tit.* Etiam illud certum, cogi hunc solum partem petere, ad quem tota hereditas non pertinet. Sed an solus hic cogitur, ac non etiam aliquando is, qui totam hereditatem ad se pertinere contendit? Et est interdum, cum etiam huic ipsi necessitas afferatur partis tantum petendæ. Id fit, cum petitore totam hereditatem vindicante possessor agnoscit eum pro parte esse heredem, & se paratum esse ait ea parte illi cedere, alteram autem partem dicit ad se pertinere, quam & sibi iudicio defendere paratus est. Quod enim dicitur in *L. permittendum*, *D. hoc tit.* permittendum possessori in hac specie hoc modo parte cedere, & de reliqua solum contendere: plane hoc significat, non cogi possessorem hoc casu aut in totum cedere hereditate, aut in totum de ea iudicium suscipere: sed solum cogi de ea parte litigare, de qua controversiam facit: ut proinde huius solius partis petitio petitori relinquatur, qui cogitur alterius partis cessionem admittere: quæ sententia generalis est pertinens ad omnem controversiam, in qua reus totius nomine conventus de parte confitetur, & hanc paratus est actori eedere: tradita ab eodem auctore Iuliano addita ratione in *L. quidam*, *D. si cert. pet.*

III. De possessore rerum hereditariarum, cum quo de parte hereditatis agitur, hoc quidem ante omnia constituendum est, non alium ne hic quidem teneri ista petitione, quam qui pro herede, prove possessore possidet, ut declaratur exemplo *L. ult. hoc tit.* In quo loco obiter notandum est, illic, Nam etsi negotiorum gestorum, pro *nam etsi*, legendum esse, *tametsi*, & locum sic esse interpretandum: tametsi negotiorum gestorum actio sit ei, cuius nomine perceptum est: ei (per appositionem, seu ei, inquam) cuius nomine restitui æquum est. Sed hoc quæritur, an quisquis, hoc titulo possidet res hereditarias, possit ab eo pars hereditatis peti. In quo hæ sunt dubitationes. Aut enim unus est possessor, aut plures. Propone unum possessorem. Quid, si is totam hereditatem possidebit pro herede? Licebitne etiam ab hoc partem hereditatis petere, ut fiat ei huius solius partis controversia? Placet lieere, nec quid possessor hic possideat, aut quantum, spectandum

[1]) Ita Donellus noster *ad §. 3. L de act. n. 14.* Edictis pollicendo actionem prætor non constituit, quæ legis auctoritate absque eo valeret. Sed ut sit prætoria ex iurisdictione Prætoris introduci oportet *d. §. 3.* Quin & omnes actiones civiles antequam instituerentur impetrare a Prætore necesse erat, Oldend. *Progym. Cl. 5. Act. 5. n. 1.* Et vindicationem Prætor polliceri dicitur *L. 75. de R. V.* quæ non ideo Prætoria, Wesemb. *in Par. h. n. 5.* Exempla alia pete ex *L. 1. princ.* iuncto *§. 3. si quadr. pauv. L. 2. §. 1.* iunct. *L. 29. in fine princ. ad S. C. Vellei.* Fortun. Garcia *in L. 7. §. & ideo (est vers. §. 2.) de pact n. 54.* add. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 2. confer Cuiac. 25. *Obseq.* 16.

dum esse, sed quid [2] petitor iuris habeat; facultatem agendi ex huius iure metiendam esse, non ex persona possessoris, qui iuri petitoris nihil potest derogare. Eo fieri, ut qui in totum heres est, recte totam hereditatem vindicet, id est, suam esse intendat adversus eum, qui minimam etiam rem ex hereditate possideat: & contra qui ex parte sit heres, recte partem petat etiam ab eo qui totam hereditatem possidet; hoc in *L.* 1. §. 1. *hoc tit.* Quid, si possessor idem sit & petitor? Ut puta, ego & tu dimidiam partem hereditatis nobis asserimus: sed ita, ut ego te in totum heredem esse negem, tu contra & te pro dimidia heredem esse dicas, & me in totum esse neges. Itaque cum ego fundum Cornelianum hereditarium possiderem, tu partem hereditatis a me petis, ut consequaris eius fundi partem. Et tu cum Sempronianum possideres, invicem a te hereditatis partem peto, ut eius fundi partem consequar: ambo id agentes, ut quæ possidemus, alter ab altero retineamus. Quæritur, an ita invicem agere possimus, nec quidquam agentibus obstet, quod invicem petitores sumus. Placet nihil obstare, quominus ita invicem petamus: hoc in *L.* 1. §. *quinimmo*, vers. *etsi possessor, hoc titu.* Non enim eo minus singuli possessores sumus, etsi ambo invicem petimus. Denique adiicitur ibidem, si negantibus nobis invicem nos esse heredes, partem rerum hereditariarum alter ab altero consequi volumus, ita agere debere, ut invicem hereditatem petamus, nec posse aliter. Nam familiæ ercifcundæ iudicio id nos consequi non posse: cui solum locus est inter eos, qui controversiam non faciunt hereditatis.

IV. Quod si plures sint, puta duo, qui hereditatem possideant, hic exsistit illa dubitatio, an quemadmodum ego partem hereditatis solum meam esse dico, ita ab uno ex possessoribus, utrum velim, quia & ipse partem hereditatis possidet, totam partem meam petere possim; an vero ab utroque petere debeam. De eo sic Ulpianus in *d. L.* 1. §. quinimmo, *si duo possideant*, inquit, *hereditatem*, & *duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo, secundus a secundo: sed ambo a primo, & ambo a secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque.* Hoc ille, & recte. Nam si illi possessores res hereditarias corporibus divisas possident, habent singuli petitores in iis rebus omnibus partem, quam ideo necesse est, vindicari a singulis. Sin possessores possident res pro indiviso: tamen non magis unus dici potest, partem unius petitoris possidere, quam alterius: ut dicendum sit singulos pariter possidere tam huius, quam illius partem. Ita sit omnino, ut singuli petitores adversus ambos possessores agere debeant, sive hi pro diviso possideant res hereditarias, sive pro indiviso. Eamdem sententiam habet, si attendimus, *L. penul. hoc titu.* Nihil hic interest, qui plures partem meam possident, utrum heredes non sint omnino, an vero mei coheredes: ut in specie *L. sorori, hic.* Matri defunctæ sunt quatuor filii, & filia una: fratres totam hereditatem possidebant. Placet sororem ab omnibus fratribus quintam partem petere debere, ita ut singuli in quarta, quam ante hac habere credebantur, quintam suæ portionis ei conferant: quæ quintæ in unum collatæ efficient quintam partem hereditatis, ex qua soror cum fratribus matri heres fuit.

V. Sic tamen heres qui partem petit, hanc petere debet ab omnibus hereditatis possessoribus, nisi duo sint heredes, ex quibus unus possideat hereditatem cum extraneo. Ut puta, ego & Titius heredes sumus ex æquis partibus: hereditatem possident Titius coheres meus, & item extraneus, qui heres non est. Ut est regula superior, ratio [3] summi iuris efficit, ut ego partem hereditatis petere debeam tam a coherede meo, quam ab extraneo: sic deinde coheres parte dimidia partis suæ mihi restituta, dirigat ipse quoque actionem adversus extraneum possessorem; a quo alteram partem dimidiæ eius quam is possidebat, consecutus, impleat & ipse dimidiam hereditatis, quam iure suo obtinere debet. Sed utilitatis caussa placuit a solo extraneo me petere debere, eumque restiturum quidquid possidet. *L.* 1. §. *si ego*, *hoc tit.* nempe molesti tam mihi, quam coheredi, & simul utrique inutilis circuitus vitandi caussa. Nam si ab utroque peto, distrahitur mea actio in plures personas, quarum tamen a singulis cum dimidium dimidiæ par-

2) Quare heres pro parte, etsi hereditas magni, res autem possessa parvi pretii sit, non consequitur nisi partem illius rei eam, pro qua heres est, per *d.* §. 1. *&* *L.* 10. §. 1. *de pet. her.* Gomez. *in L. Tauri.* 45. *n.* 155. Oldend. *Progym. Act. Cl.* 5. *Act.* 5. *n.* 6.

3) Ratio in *d.* §. 3. quia utilitati opponitur, summum, merum & rigidum ius significat, sicuti & alibi *L.* 3. §. *ult. de in rem verso & simil.* de quo belle Frid. Hortleder. *de Concursu act. realis mera & pœnalis mista Cap.* 7.

partis consecutus fuero, nihil consequar amplius, quam dimidiam hereditatis, eamdem quam consequar ab extraneo. Quid opus est igitur adversus ambos agendo mihi molestiam non necessariam creari? Sed & hoc modo non minus consulitur coheredi Titio: adversus quem si ago, duplici molestia afficitur, & quod iudicium de dimidia partis suæ mecum suscipere cogitur, & quod hac restituta ipse etiam cogetur de hac ipsa dimidia cum extraneo experiri: utrumque inutiliter: cum hac dimidia dimidiæ partis ab extraneo recepta, habiturus sit partem totius hereditatis dimidiam eamdem, quam prius obtinebat. Cur non igitur hanc ei ab initio sine molestia relinquamus, quæ post molestos circuitus nihilominus ad eum reditura est?

VI. Idem est, si retenta eadem specie & numero personarum, ego aliquid ex hereditate possideam: de quo est in *d. L.* 1. §. *pen. hoc tit.* sed loco propter incertitudinem speciei facti illic omissæ paulo obscuriore: cuius sententia sit nobis hoc modo atque in hac specie breviter exposita. Ego & Titius, ut supra, soli heredes sumus ex æquis partibus: sed tres possidemus hereditatem ad hunc modum: ego trientem hereditatis, id est, quatuor uncias; Titius coheres meus item trientem; & tertius quidam extraneus item trientem. Cum duo tantum heredes simus, ac propterea semis ad me pertineat; a quo partem hereditatis petam, ut consequar sextantem, qui mihi deest ad implendum semissem? Ratio illa summi iuris superior faciebat, ut ego sextantem petere deberem a coherede meo, & ille a me vicissim sextantem: quo casu cum utrique nostrum adhuc sextans deesset, eum idcirco petere & consequi deberemus ab extraneo. Sed & hæc inanis circuitio est. Ideo sic potius res transigetur, ut a herede meo frustra petam, admissa inter nos mutuæ petitionis sextantis compensatione; proinde & ego & ipse adversus extraneum dirigere actiones debeamus, singuli ab illo sextantem qui nobis deerat, consecuturi.

VII. Sed hæc de coherede meo & extraneo possessoribus ita sunt, si hi res hereditarias possideant pro indiviso: quo tempore scilicet futurum est, ut cum partem indivisam ab extraneo consecutus fuero, semper easdem partes hereditatis dimidias ego & Titius coheres meus indivisas obtineamus. Diversum est, si illi possideant res divisas, aut distincta inter se corpora hereditaria. Nam cum in singulis illis rebus & corporibus ego partem pro indiviso habeam, necesse est eam me petere ab iis, qui eam possident: possident autem ambo, Titius coheres, & extraneus. Hoc in *L. Pomponius*, 8. *D. de rei vind.*

VIII. De re & parte petita hæ sunt dubitationes. Qui pro parte heres est, partem hereditatis petere potest. Primum quam partem? utrum non solum quæsitam, sed etiam quæ speretur accedere posse deficientibus coheredibus? Placet solum quæsitam peti posse: speratam dumtaxat non posse. Id voluit Caius, cum de hac specie ita respondit. Tres sumus heredes sive instituti, sive legitimi. Coheredibus meis deliberantibus ego hereditatem adii, atque ita pars tertia mihi quæsita est. Ait non maiorem partem me petere debere, quam tertiam, quam habiturus essem cæteris adeuntibus: reliquas autem partes non ideo me petere posse, quia cæteri nondum adierint: tunc posse me petere, cum illis non adeuntibus eorum partes ad me pertinere cœperint: hoc in [4] *L.* 2. *hoc tit.* Nempe hæc ideo, quia quam partem adii, aditione mea facta est. Quæ autem coheredibus meis delatæ sunt, quamdiu illi deliberant, nondum mihi sunt quæsitæ. Fieri quidem potest, ut illi deficiant postea, ac mihi tum eorum portiones accrescant. Sed non ideo meæ sunt, quas spes tantum est acquiri posse. Natura petitionis hereditatis facit, ut hereditatem partemve hereditatis tantum recte quis petat suam. *L. licet*, *D. de hered. pet.* *L.* 1. in prin. *hoc tit.* Sed & iudicii omnis conditio hæc est, ne possit iudicium esse in pendenti, aut de iis rebus, quæ postea in actionem venturæ sunt. *L. non quemadmodum*, *D. de iud.*

IX. Deinde quæritur de hac ipsa iam quæsita parte, certam quis hic petere debeat, an vero possit etiam incertam. Multis enim modis accidere potest, ut aliquem certum sit ex aliqua parte esse heredem, sed ex qua parte sit heres, ignoret, quia igno-

4) Ubi vocula *non* primo positam exponit *nondum*, Ant. Fab. 1. *Coniect.* 10. & 49. *Err. Prag.* 10. *pag.* 1173. Quandiu itaque coheredum portiones ab iis agnosci possunt, totum qui prior adiit, petere nequit; Ant. Fab. *Cod. Fabr.* *l.* 1. *defin.* 3. Quare etsi unus heres iure scriptus coherede dato sub conditione, interim ille, quandiu non defecta est conditio, partem solam obtinet, non totum. Nam si totam interim haberet, eveniente postea conditione pars ei decrescere non posset, ut pluribus contra DD. A. Fab. 49. *Err. prag.* 10.

ignoret quot secum habeat coheredes. Et de hac re ita fuit edictum prætoris, ut is polliceretur se etiam incertæ partis petitionem concessurum, sed hac conditione, si iusta caussa interveniret. *L. 1.* [5] *§. ult. hoc tit.* congruit *L. quæ de tota, §. 1. D. de rei vindic.* Iustam hanc caussam esse veteres interpretati sunt, quantum ex exemplis, quibus in hac re utuntur, coniicere possumus, quoties incertitudo partis non ex negligentia possessoris nascitur, sed ex conditione rerum præsentium, quæ hanc ignorationem etiam prudentissimis & diligentissimis adferat. In quo genere præcipue est illa incertitudo, quam adfert rerum natura; cum scilicet nemo hominum per rerum naturam scire potest, quota sit unius heredis viventis portio. Accidere autem id generaliter definiemus, cum defuncto est aliquis heres superstes, & præterea mulier prægnans, quæ si pariat, paritura sit defuncto liberos, qui sint cum herede superstite eodem gradu, & cum eo in capita succedant, idest, pro numero personarum, non in stirpes. Cuius generis exempla sunt, quæ de hac incertitudine exstant hoc titulo. Unum in *L. antiqui*, tale. Paterfamilias decessit relicto filio superstite herede, & uxore prægnante. In defuncti patris successione, filii, qui sunt in utero, ita iure civili pro vivis habentur, ut pariter cum superstite filio vocentur ad hereditatem singuli ex æquis partibus. *L. qui in utero, L. penult. D. de stat. homin.* Quam igitur hic superstes partem habebit cum iis, qui sunt in utero? Natura rerum facit, ut plane hæc sit incerta. Ut enim erit numerus natorum, ita futura est superstitis filii portio: quarta, si tres nascuntur: tertia, si duo; semis seu dimidia, si unus. Atqui numerus eorum qui nascentur, incertus: neque enim quisquam per rerum naturam scire potest, quot nascantur. Unde necesse est & portionem, quæ hinc pendet, pariter esse incertam. Placet nihilominus etiam tunc cum mulier adhuc gerit uterum, filium superstitem hereditatem, quæ ab alio possidetur petere posse pro sua parte, quanvis natura non possit certam partem, quam petat, dicere. Huic simile exemplum est in pluribus fratribus patruelibus defuncti, quod significatur in *L. 1. §. ultim. hoc titu.* ut recte Azo accepit. Quatuor fratres fuerunt, quorum primus decessit relicto filio: duo sequentes relictis uxoribus prægnantibus. Ac tandem his ipsis uxoribus adhuc uterum gerentibus decessit ad extremum quartus frater sine liberis, de cuius hereditate nunc inter superiores agitur: nam & cum defuncti fratris filio superstite vocantur fratres patrueles, qui sunt in utero. Interdum dum in suspenso est, quot nascantur, quotam partem defuncti fratris filius vindicabit? Et apparet eamdem hic incertitudinem versari, quæ supra. Non enim minus cognati isti succedunt inter se in capita, quam filii defuncti, etiam novo iure, ut in successione intestati ostendimus. Placet tamen etiam huic filio superstiti incertæ partis vindicationem concedi.

X. Sed incertam partem in his exemplis accipere debemus eam, quæ natura, idest, re vera, incerta sit. Cæterum hæc ipsa pars per rerum naturam incerta, interpretatione iuris auctorum ad nonnullam certitudinem petitionis redacta est. Sic enim illi statuerunt, eam quæ prægnans est, ita habendam; quasi ternos paritura sit, dum scilicet intuentur id, quod fieri non raro admodum potest. Hinc evenire, ut in priore specie filius defuncti superstes quartam hereditatis petere debeat: in posteriore frater patruelis superstes petere debeat septimam: hæc enim portio superstitis futura esset, si uxores fratrum defunctorum prægnantes singulæ ternos parerent: hæc ad hanc sententiam [6] in *d. L. antiqui*, hic. Sed hac

5) Nam & qui nescit portionem suam, adire potest *L. 5. §. ult. h. t.* si nempe adeat ex ea ipsa parte incerta, non si ex ea, quam falso putat sibi deferri *L. 75. de acq. her.* Pac. 3. Q. 39. Recte. Potest enim hunc animum habere, ut quantacunque ea pars futura, illam sibi acquiri velit, & incertitudo ad certitudinem redigi potest. Nec igitur *d. § ult.* verba extrema *qui nescit. &c.* interpretis sunt imperiti, ut Ant. Fab. 49. *Err. Prag.* 10 *pag.* 1197. Nam pone: Caius fratris sui filios & Titium omnes pro virilibus sibi heredes scripsit. Nescit Titius quotnam sint illi, & forte etiam testator nescivit, quia fratri suo peregre nati sunt. Potest Titius, prinsquam etiam comperiat numerum coheredum, & ita quoque quantitatem partis suæ, adire animo habendæ suæ partis (quantaecunque sit, quæ natura certa est etsi ignorata) declarato. Alioqui, si diem fungeretur prinsquam de coheredum numero certior fiat, ad heredes transmittere non posset. Potest idem eam partem incertam vindicare *d. §. ult.* Hoc est tenet interim iudicium contra possessores hereditatis, etiam antequam sciatur quæ pars sit petitoris, ob ignoratum etiamnum coheredum numerum. Quia, inter moras iudicii, de eo constare potest, nec ideo necesse incertam sententiam dici. Faciunt ea, quæ *supra Cap.* 14. *N.* 6. Atque sic opinor, genuina species ponitur *d. §. ult.* Non ut noster ex *L. 3. h. t.*

6) Et hic interim revera heres pro quarta parte. *d. L. 3. in fin.* Et quidem quod paucioribus natis accrescit ex ratione iuris est, quod vero pluribus natis decrescit, in eo violatur iuris regula, qua semel heres nunquam desinit. Idque propter utilitatem, *L. 15. de LL.* Ant. Fab. 49. *Err. Prag.* 10 *pag.* 1177. Etsi Pac. 3. *Quæst.* 28. ubi unus est in utero, propter incertum eventum, heredem esse interim alium filium, ex quadrante, ratione effectus, quia ratione eius solum emolumentis fruitur, revera autem ex semisse. Sed si ita est, non proprie accrescere, ac decrescere diceretur *d. L.* 4. Ad intellectum pleniorem *d. L.* 3. adi Anton. Guibert. Polyst. *Cap.* 91. Luc. Io. Scoppam. 1 *Collectan.* 32. Greg. Lopez. *Animadv. Cap.* 11. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 5. Fopp. ab Æzema 2. *Differt.* 3.

sententia recepta, quomodo dicitur in his exemplis incertæ partis peritio concedi? sic enim traditur in *d. L. 3. §. ultim. eod.* Nempe post hanc sententiam recte utramque dicitur, incertam hic partem peti, & simul certam, sed diversis rationibus. Certa portio hic fit ex superiore interpretatione, non ut sit talis pro certo, & ut talis habeatur perpetuo atque immutabiliter, sed ut existimetur talis ad tempus, donec scilicet mulier erit gravida. Re autem vera semper hæc portio est incerta, non natura tantùm, sed etiam prudentum interpretatione. Possunt enim plures nasci, quam tres; possunt etiam pauciores: ut prout id acciderit, secundum naturam superstitis portio aut minor, quam quarta, aut maior sit futura. Neque hoc mutarunt prudentes; sed in re incerta illam petitionem constituerunt, quam dixi, hac lege videlicet, ut iuberent eam servari, donec mulier pareret: post ubi peperisset, tum ad veritatem naturæ redeundum esse intelligerent, ut si pauciores nati sint quam tres, residuum superstiti pro rata accrescat: si plures, quam tres, tantum de eius quarta decedat pro portione. Hoc in *L. 4. eod.* Neque tamen dum res in suspenso est, frustra illam certitudinem interpretationis quæsierunt, inventam adhibuerunt: quia hanc certitudinem, quoad eius fieri potest, desiderat sententia Iudicis: cuius officium est curare, ut quantum fieri potest, etiam de re incerta ferat certam sententiam. *§. curare, Inst. de action.*

XI. In fine & effectu petitionis hereditatis, quæ de parte est, hæc dubitatio est, cuius partis restitutio peti hoc iudicio & obtineri debeat, utrum indivisæ, an & divisæ. Et placet nihil hic amplius ad officium iudicis pertinere, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui iubeat; proinde nec alias partis restitutionem in hanc petitionem venire. Si quis id agat cum coheredibus; ut a communione discedatur, iudicio familiæ erciscundæ id eum consequi, non petitione hereditatis. *L. non possumus, hoc tit.* Et ratio in promptu est. Neque enim heres qui pro parte nondum divisa heres est, aliam partem vindicare & suam esse intendere potest, quam eam quam habet, idest indivisam. Nec petenti aliud iubere potest iudex restitui, quam id quod petitum est. *L. ult. C. de fid. lib.*

XII. Ex his edictum prætoris de parte hereditatis petenda, quod commemorat Ulpianus in *L. 1. in pr. hic*, tale propemodum fuisse facile agnoscas. Qui partem hereditatis petet, dum certam petat, & adversus eum qui quantamlibet de hereditate pro herede, prove possessore possidebit, petitionem hereditatis dabo, ut pars pro indiviso restituatur. Si iusta caussa interveniet, etiam incertæ partis petitionem admittam.



HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

LIBER VICESIMUS.

De rei vindicatione.

CAPUT I.

Quid sit, & quam recte verbum commune, quale hoc videtur, proprie huic speciei tributum sit.

UT in rebus nostris persequendis de universitate, id est de hereditate in rem actio est, ita est & de rebus nostris singulis. Illa ex re petitio hereditatis nominatur, de qua huc usque dictum est: hæc posterior rei vindicatio, ut indicat Titulus *De rei vindicatione D. & C.* in quo tractari constat hoc ipsum genus singularum rerum petitionis, ut declarat *L. 1. in pr. L. in rem*, in pr. *D. eod. tit.* De eo igitur iam, ut ordo nobis propositus postulat, cognoscamus. Est ergo rei [1] vindicatio, in rem actio, per quam rem unam aliquam corporalem nostram tanquam nostram petimus ab eo qui possidet. In rem actio-

1) Vindicare (pro quo male quidam *vendicare*, Oldend. *Progim. Act. Cl. 3. Act. 2. initio*, neque enim *vendictas* usquam legimus, nec recte post Ant. Aug 3. *Emend. 9 n. 9.* Wes. *in h. t. C. n. 2.* inter hæc discrimen nullum esse. Neque enim æque *vindicare æstimationi* apte diceretur ut *vendicare*, Cic. *in Verr.* nec contra *vendicare maleficia* pro *punire* & *sibi vendicare* crebrius dicitur, *vindicare* absolute.) Idem hic est quod suum adserere, dicere, intendere rem esse suam *L. 66. h. t. L. 27. §. 2 & 4. de auro leg. L. 10. de pet. her.* Wes. *d. n. 2.* Oldend. *d. loc.* Borch. *in § appellamus 15. I. de act.* hoc modo & legatum vindicationis dici scribens. Vel proprietatem sibi stabilire ac firmare, iure proprietatis repetere, alteri auferre, liberare, asserere de manu & iure possessoris, Wesenb. *Par. hoc tit. n. 2.* ubique recipere & in potestatem suam revocare, Hotom. ad *d. §. appellamus 15.* Don. noster *ibid. n. 4.* Gied. ad *L. 131. de V. S. n. 28.* Turneb. 19. *ad vers.* 28. Sic vindicare in libertatem Cic. 3. *de LL. & Orat. de L. Agrar. f. m. 406.* Generalius de omnis caussæ persecutione dicitur, quomodo vindex pro defensore, Cic. *in top.* qui alterius caussam suscipit vindicandam, Boet. *in Top. Cic.* Cuiac. 5. *Obs.* 29. Gied. *d. n.* 22. etsi appellatio inde quod vindicet quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur, Fest. *Lib.* 20. Rævard. ad *LL. 12. tab. Cap.* 3. & vindicare pro iniuriam ulcisci & persequi *L. 2. §. 5. in fin. de iudic.* ac vindicta pro ultione passim. Quin & ad alias actiones in personam quandoque refertur, ut *L. 22. C. Mand.* Duar. ad *L. 1. de leg.* 2. Compositum hoc verbum a *vim* & *dico*, quod vis hic fieret, non bellica, sed legitima ac civilis, quæ festucaria Agell. 20. *Noct.* 9. Hot. *in d. §. 15.* Borch. *ibid.* & Don. *n. 3.* Hinc *vindicit* pro *vindicas* legimus in *L. 12.* tabularum apud Agell. 20. *Noct.* 1. quam lectionem recte probant Cuiac. 3. *Obs.* 39. Ioseph. Scal. *in Fest. Lib. 12. in v. Noxum & not.* ad Varr. *Lib. 3. de re Rust.* laudatus a Taubmano *in Trinummo Plauti Act. 3 Sc. 2.* Fulv. Ursin. *in not. ad LL. 12. tab p.* 237. & Theodor. Marcil. in *LL. 12. tab. collect. Cap.* 18. Etsi Rævard. *ad easd. Cap.* 8. pro illo *vindex esit*, reponat, quia veteres *vindicere* non usurpaverint. Quod si vel ita esset, notationi huic non obstaret. Nam nec *iudicere* usurpasse veteres legimus, pro iudicare &c. Hinc & *vindicia*, qua non possessio significatur ut Cuiac. *Par. C. h. t.* Hot. 2. *Obs.* 9. *in fin.* Borch. *in d. §. 15. I. de act.* sed res, de qua lis, aut gleba ex fundo delata, rem repræsentans, Fest. *Lib.* 19. *v. vindiciæ* Agell. 20. *Noct.* 9. Gifan. *in d. §. 15.* Turneb. 13. *Adv.* 27. Coras. *in d. §. 15. n. 1.* Plane antiquitus ex *LL. 12. tab.* omnis vindicatio fiebat apud Prætorem, in re atque loco præsenti: Agell. *d. Cap.* 9. Ac si res mobilis peteretur, ea si præsto erat, petitor iniecta manu, quasi vim quandam adhibendo, vindicabat, suamque esse dicebat, Liv. *Lib.* 3. Quintil. *in Argum. declamat.* 359. Quo alludit Ovid. 1. *Amor.* 4. & 2. *Amor.* & 4. *Fastor.* Virgil. 10. *Æneid.* vid. Brisson. *Lib. 5. Formul. pag.* 374. Muret. ad *L. 2. §. 24. de O. I.* Si non aderat: ad exhibendum agebatur, ut exhibita vindicari posset, Vult. ad *L. un. C. ubi fideic. peti oporteat n.* 26. Sin res soli: ex loco iuris dicendi Prætor cum litigatoribus ad fundum controversum proficiscebatur & veniebat in rem præsentem; ibique vindicia, *correptio* manus fiebat, Agell. *d. loc.* seu ut legere, levicula mutatione, mallem, *consertio* (ex verbis 12. tab. Si qui in iure id est apud Prætorem Turneb. 29. *Advers.* 33. manum *conserans.*) Nam sumptis ex arbore surculis seu festucis, uterque

actionem esse constat: vindicationis enim verbo non aliud genus significatur. *L. actionum*, *D. de oblig. & act.* quod cur ita vocetur, exposui ad *§. appellamus*, *Inst. de act.* Cætera in definitione addita sunt differentiæ caussa; ut removeantur scilicet cæteræ in rem actiones: atque his remotis efficiatur id, quod est proprium huius actionis. Dicimus igitur: Per quam [2] petimus rem unam aliquam, id est speciem aliquam, & res singulas; ut removeatur petitio hereditatis: quæ & ipsa in rem actio est, sed de universitate rerum: rei autem vindicatio de rebus singulis, seu de specie aliqua certa. *L. si in rem*, *6. D. de rei vind.* unde & petitio rerum singularum dicitur in *L. 1.* in pr. *D. eod.* & actio in rem [3] specialis, *ead. L. 1.* & *L. in speciali, eod.* Rem corporalem; ut removeatur servitutum petitio; quæ etiam in rem actio est, & de servitutibus singulis. *L. 1. L. 2. D. si ser. vind.* sed hac de caussa de rebus incorporalibus: rei autem vindicatio ita de rebus singulis, ut sit de corporibus. Nostram; ut removeantur omnes actiones in rem prætoriæ, quæ cum in rem sint, competunt de rebus non proprie nostris, sed aut tanquam nostris, aut ad ius nostrum pertinentibus, ut sunt de hereditate bonorum possessoria hereditatis petitio, fideicommissaria hereditatis petitio: in rebus singulis Publiciana de rebus bona fide possessis, Serviana seu hypothecaria de pignoribus. Tanquam nostram; ut removeantur actiones in personam pleræque, quibus etiam rem nostram petimus, & petimus, ut nobis restituatur: ut sunt actio commodati, depositi, locati, de rebus nostris alii commodatis, locatis, apud alium depositis. Sed ideo hæ actiones non sunt in rem, quia in his rem quidem nostram petimus; at non tanquam nostram, ut de dominio nostro probare hic nos quidquam oporteat; sed tanquam [4] debitam ab eo, qui nobis ad restituendum obligatus est, petituri etiamsi maxime res aliena a nobis data esset. *L. commodare. L. ita, D. com.* In rei vindicatione autem rem nostram petimus hoc solo nomine, quod nostra est, & ab alio possidetur. Quæ iam omnia cum concurrent, constituitur proprium genus actionis in rem id, quod rei vindicationem appellamus, de quo nunc agimus.

Atque hoc in re est. Sed quæritur de verbo, quam recte hoc genus actionis proprie dicatur rei vindicatio. Non temere quæ-

que reus imaginario duello inter se concertabant, actor suum prædium afferebat, reus contra vindicabat, unde vis illa festucaria, Agell. *d. loc.* Rævard. ad *LL. 12. tab. Cap.* 6. Hot. 3. *Obs.* 15: Qui hunc ritum originem traxisse suspicatur ea institutis veterum Germanorum, qui lites plerasque certamine singulari diremerunt, & a quibus Latium aliquando ante Romam conditam occupatum forte fuerit. Sed rectius dicemus a vera militia & dimicatione hostili hoc ad forense verborum bellum translatum esse. Fop. ab Æxema 2. *Differt.* 5. Dilatato post imperio, cum gravis profectio ista esset Prætori, moribus inductum est ut rei non amplius ex iure manum apud Prætorem consererent, Agell. *d. loc.* id est non una cum Prætore manus conserendæ gratia in agrum irent. Sed ex iure manu consertum vocarent. Nam actor adversarium manu prehensum, ex loco ubi ius dicebatur, in rem præsentem vocabat. Et uterque eo profecti manus illic conserebant, inde superstitibus præsentibus, (id est testibus) vindicias sumebant, Fest. *Lib.* 17. *in v. superstites*. Et accepta ex agro gleba atque in ius delata in ea tanquam in toto agro vindicabant, Agell. *d. Cap.* 9. Boet. *in Top. loc. a divis.* Ræv. *d. Cap.* 6. Charond. 3. *Verisim.* 1 Rosin. 9. *Antiq. Rom.* 13. Hortens. *in §.* 1. *vers. aut cum eo. I. de act.* Vult. *ibid. n.* 54 Marcil. in *LL. 12. tab. Cap.* 11, Quo allusit Enn. *Lib.* 8. *annal.*

Non ex iure manu consertum, sed mage ferro
Rem repetunt . . . .

Qui versus citantur & a Cicer. *pro Murena & Lib.* 7. *Epist.* 13. vid. Paul. Merula *Comment. ad d. Lib.* 7. *pag.* 469. Tandem & huius profectionis tædio iostituta profectio imaginaria, novaque & solemnis manus conserendæ ratio, ex solis formulis ac certis verborum conceptionibus constans, quæ alia actoris: FUNDUS QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR MEUS EST: EUM EGO EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. INDE EGO TE EX IURE MANU CONSERTUM VOCO: Alia Rei: IMMO MEUS. UNDE TU ME EX IURE MANU CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO · Alia Prætoris: UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRÆSENTIBUS ISTAM VIAM DICO: INITE VIAM, REDITE VIAM vid. Cic. *Orat. pro Murena* Rævard. *d. Cap.* 6 Obrecht. *in Exercitio de rei vindic. post Disput.* 12. Postremo & hisce formulis exoletis Prætores, additis exceptionibus & replicationibus, ius in litis verba composuerunt, Rævard. *d. loc.* Plane lis suborta, uter pendente proprietatis iudicio possideret, vindiciarum lis dicta, quia possessio fiduciaria interea obtinebatur, teste Ascon. *in Verr. Lib.* 3. Cagnol. *de Vita & regim. boni Principis n.* 357. Gail 1. *Obs.* 5. *n.* 4. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 8. *& seqq.* Rævard. *d. Cap.* 6. Phil. Broidæ. *in Supplem. Histor. Iuris* Polleti *Lib.* 5. *Cap.* 4. Et vindicias dare dicebatur prætor cum possessionem momentaniam addiceret, ferre autem is cui ea tribuebatur. Turneb. 23. *Adv.* 27 Non quod vindicia possessionem significaret, sed quia is cui glebas allatas Prætor addicebat, eidem vindiciæ dicebantur, Rævar. *d. loc.* Et cui iniuste ita addicta possessio, is petitorio victus ad duplam fructuum restitutionem damnabatur, vid. *infra Cap.* 5. *N.* 10.

2) Et petitio inde, quia petere Latinis aliquid auferre significat, ut petere ignem a vicino, vinum a caupone. Quia & hic mos, ut actor peteret glebam ex agro quem vindicabat &c. ita Gifan. *ad L.* 28. *de O. & A. n.* 4.

3) *L.* 1. *§.* 1. *L.* 27. *§.* 3 *h. t. L.* 7. *Cod. de pet. hered. L.* 3. *Cod. de præs.* 30. *an. &c.* Wesenb. *in h. t. C. num.* 1.

4) Ac licet rem suam petat ibi actor, non tamen intendit esse suam, nec de dominio contendit, aut hoc agit, ut dominus declaretur, Gifan. *ad L.* 25. *de O. & A. n.* 37. *& 3. seqq.* Nec rem suam, sed obligationis ius persequitur, Hottom. 3. *Obs.* 17. Confer. Fr. Sarment. *de Redditib. ecclesiast. Part.* 1. *Cap.* 4. *n.* 12. *& Part.* 3. *Cap.* 2. *n.* 7. *& seq.* Hac autem actione rem ipsam, quæ nobis aliquo sensu abesse videtur, dum ea ab alio detenta, commodo fruendi & possidendi exclusi sumus, Gœd. *ad L.* 14. *de V. S. n.* 15. Pronomina possessiva meum, tuum &c. quando dominium denotent, vid. Rebuff. *ad L.* 91. *de V. S. & ibi* Gœd. ac ad *L.* 239. *§. ult. eod.* Wesenb. *Cons.* 2. *n.* 76. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* [illegible] *& n.* 225 *Vol.* 3. Menoch. 4. *Præsumpt.* 162. *n.* 19. add *supra Lib.* 12. *Cap.* 1. *N.* 2. Confer. Galeot. Martius *de Dictione possessiva Cap.* 28. *p.* 238. *& seq.*

quæritur. Nam utrumque verbum & rei & vindicationis commune est, non proprium ullius rei certæ, aut certæ in rem actionis. Rei quidem verbum generale esse constat, quo significantur res omnes, quæ usquam nominantur. *L. rei appellatio*, iuncta *L. pecuniæ*, *D. de verb. sign.* Proinde & hereditas, & servitutes: quinimmo & hæc nominatim inter res incorporales numerantur. *Inst. de reb. corp. & inc.* quanto magis continentur hoc verbo res bona fide possessæ, aut [5] pignori obligatæ? ut profecto non magis rei verbum conveniat rei corporali, & nostræ, quam cæteris omnibus, quæ aut incorporales sunt, aut corporales non nostræ. Vindicationis autem verbum & ipsum commune est, pertinens ad omnes actiones in rem. Declarat significatio verbi, & etymologia, de qua scripsi ad *d. §. appellamus, Inst. de act.* Sed maxime usus veterum, a quibus hoc verbum de omni genere actionum in rem usurpatum est. Petitur hereditas? dicitur etiam vindicari, & hæc ipsa petitio vindicatio hereditatis appellatur. *L. legitimam, D de her. pet. L. 1. §. 1. § ult. D. si pars hered. pet.* Petitur servitus? & hæc ipsa vindicari dicitur: ex quo Titulus, *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*; quo significantur in rem actiones de servitutibus tum confessoria, tum negatoria, de quibus eo titulo agitur. *L. 1. L. 2. eod. tit.* Ipsæ adeo actiones in rem prætoriæ de rebus non nostris propositæ, vindicationes appellantur: unde vindicatio pignoris in *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pign.* In hac ergo significatione, atque hoc usu verborum, merito quæritur, qui fiat, ut actioni in rem de rebus corporalibus nostris tribuatur proprie rei vindicationis verbum, quod est cum cæteris omnibus quæ in rem sunt, commune. Nempe fit hoc per antonomasiam, cum verbum unius generis commune quod erat, uni alicui ex eo genere proprie attribuitur propter excellentiam: qualem figuram ex usu omnium latine loquentium notavit Iustinianus in verbo Iuris civilis, & verbo poetæ in §. *sed ius quidem, Inst. de iur. nat. gent. & civi.* quorum altero intelligi ait per excellentiam non quodvis ius civile, sed Romanorum: altero poetam apud Græcos Homerum, apud Romanos Virgilium, quod & verum est. Idem factum sciamus in verbo rei vindicationis. Si verborum proprietatem sequimur, nulla est in rem actio, quæ non recte dicatur vindicatio: & cum omnis sit de re aliqua, sive ea hereditas est, sive res singularis, & sive corporalis, sive incorporalis; necesse est omnem recte dici rei vindicationem, utpote vindicationem illius rei quæ petitur. Sed excellentia [6] actionis fecit, ut ei tribueretur hoc nomen potissimum. Quippe hæc pri-

5) *L. 22. L. ult. de pig. act. L. 7. C. de O. & A.* Generaliter enim vindicatio caussam habet non tantum dominium, sed dominium vel ius in rem, Vult. *in §. 1. I. de act: n.* 27 Gifan. *ibid. & in §. seq.* Cuiac. 5. *Obseq.* 29. Triplex, ait, vindicatio est: Proprietatis, Servitutis, Pignoris. Prior propria, reliquæ quasi vindicationes. Quam distinctionem ait Wesenb. *in hoc tit. Cod. n.* 7. ductam videri ex *L. 19. de Usur L. 18. §. 1. de lib. cap.* Cæterum & alia genera reperiri, ut possessionis & generaliter varia genera vindicationum statuit ipse Cuiac. 6. *ad Afric. in L. 46. de evict.* Fopp. ab Æzema 2. *Disput.* 1. quæ ratione iuris datur, vindicationis nomine gaudere, sed alteniori & abusivo.

6) Ac dicitur *rei* vindicatio, differens a vindicatione ut species a genere, Cuiac. *Par. hoc tit.* volens voculam *rei* significare proprietatem. Sane vocula *rei* non hic generalis, quorsum enim adduceretur, aut quænam ita est *non rei*, sed specialis, ut secernatur a *iure*, sicuti passim *res* & *ius in re* opponuntur. Et rei appellatio speciem notat *L. 6. hoc tit.* quæ non nisi corpus, vid. *infra Cap. 4. N. 8. sub fin.* Atque in hoc, quod rei vindicatio incorporalibus non tribuatur, conveniunt Azo *in summ. C. h. n.* 6. Sich. *in rub. Cod. h. n.* 4. Wesenb. *ibid. n.* 1. 2. 19. 20. Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. Gifan. *in L. 25. de O. & A. n.* 36. Coras. *in L. 12. §. 1. de acq. possess. P. 2. n. 30. & seq.* Wesenb. in *Comm. ad Rub. D. de rer. divis. n.* 9. Mudæ. *in §. 1. I. de act.* vers. *aut cum eo agit. n.* 14. Vult. *in d. §. 1. n. 30. & n.* 64. Io. Tavard. *ibid. n.* 17. Fopp. ab Æzema 2. *Diss.* 1. Busius *ad Rubr. D. hoc tit. n.* 2. scribens vindicationem iuris incorporalis constituere genus tam materia quam forma agendi diversum. Quod & firmatur (1) ex veteri ritu, de quo *supra N.* 1. Res autem incorporeæ nec tangi queunt, nec in iudicium deferri, nec manus eis inici potest, Vult. *in d. §. 1. n.* 55. (2) Horum iurium proprie nullum est dominium, sed ius potius finitimum, a dominio separatum Wes. *d. n.* 10. vid. *supra Lib. 9. C. 8. n. 6. N.* 2. (3) Eadem nec proprie possidentur, nec etiam corporaliter detinentur. (4) Prob. idem *L. 1. §. 1. h. t.* Iura enim res nec mobiles nec immobiles sunt, sed tertium genus rerum ac propria species & ab utrisque separantur *L. 7. §. 4. de pecul. L. 15. §. 2. de re iudic. L. 22. §. 7. verf. exactio. C. de rei ux. act. L. 2. & 3. Cod de quadr. præsc.* Qua de re vid. Cuiac. *Consult.* 23. & *Lib. 2. de Feud. Tit.* 1. Hot *Disput. feud. Cap.* 16. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 3. §. 8. *n.* 2. Tiraq. late *de Retr. lignag. §. 1. Glos.* 7. Pinel. *ad Rub. Cod. de bon. mat. P. 1. n. 24. & seqq.* Gail. 2. *Obser.* 29. *n.* 9. & 10. Langl. 4. *Semestr.* 7. Coler. *de Process. exsec. P. 1. Cap. 3. n. 237. ac Decis. 59. n.* 5. Iac. Schultes ad Modest. Pist. *P. 3. Q.* 124. Nam cum mobilitas & immobilitas corporis sint affectiones, Aristot. 3. *Phys. acro.* ac dicantur ratione loci, his non conveniunt, quæ nullo loco circumscripta *L. 86. princ. de leg. 2. L. 78. §. 1. de leg. 3. L. 12. §. 45. de instr. leg.* Frid. Martini *de Iure censuum Cap. 1. n* 97. Quamquam non ideo inficiemur nomina & actiones quandoque ad mobilia vel immobilia referri, ad quæ nimirum productæ sunt, ut per plures citatos a Schult. *Quæst. pract.* 40. *n.* 10. Tomuig *Dec. 22. n.* 6. Unde nec publicatis omnibus mobilibus & immobilibus iura & actiones venire post alios censet Petr. Barbosa *ad L. si constante* 25. (*alias* 24.) *§. ult. D. sol. matrim. n. 2. &* 3. 5. Accedit denique quod, hic *tit. de R. V.* sequitur post *tit. de hered. petit.* qui si generalis esset, præcedere deberet. Diss. videtur Vult. *in L. 1. C. ubi in rem act. n. 32. & 2. Iurispr.* 22. Ioan. Meichsner. *Decis. Cam. Tom. 4. Decis. 7. n.* 23. Plane, uti accessiones rei corporalis, in hanc actionem iure venire possunt, Ant. Rambaud. *addit. ad Q.* Papæ 148. & Steph. Ranchin. *ibid.* Sneidvin. *ad §. 1. I. de act. n.* 135. *per L. 1. §. 3.* iunct. *§. 32. de vi arm.* Facit *L. 10. §. 1. de Usucap.* vid. *infra Cap. 4. N. 8.*

prima & sola in rem actio fuit iure civili: *ita prodita sunt*, inquit Iustinianus, *actiones iure civili, ut quis dominium suum vindicet*, §. namque. *Inst. de act.* Etsi igitur postea aliæ proditæ sunt actiones in rem, tamen semper præcipua & primaria est ea, quæ ab initio in hoc genere fuit prodita, unde & propter excellentiam vetus nomen tanquam proprium retinuit. Neque hoc mirum sit, factum esse in verbo rei vindicationis: factum idem est & in verbo actionis in rem, quod vi sua maxime generale esse inter omnes convenit. Nam cuiuscunque generis petitio sit in rem, hæc actio in rem dicitur, §. *sed istæ, Instit. de act.* Et tamen veteres actionem in rem definiunt eam, per quam rem nostram, rem dominii nostri petimus: sic Ulpianus in *L. actionum, D. de obl. & act.* sic Paulus in *L. in rem*, in prin. *D. de rei vindic.* Vitiosa definitio, dixerit aliquis, cum in rem actiones sint & petitio hereditatis, & Publiciana de rebus bona fide possessis, & Serviana de pignoribus: quarum tamen rerum omnium dominium nullum nobis quæritur. Dicemus hæc ita esse, si quis propriam & communem verbi significationem spectet. Sed veteres in superiore definitione, verbum quod erat commune, contraxerunt ad speciem primariam actionis in rem, quæ est [7] de rebus dominii nostri, eadem figura, qua supra, & eodem usu, quem servari diximus in verbo rei vindicationis.

CAP.

7) Recte, & melius quam ad §. 1. *I. de act. n.* 19. ubi vult Donellus exempli loco in *d.* §. 1. nominari rem corporalem. Nam ut actiones in rem uno modo dividuntur in eas, quæ de universitate & quæ de singulis rebus: *L.* 1. *princ. hoc tit.* ita alia ratione in eas, quæ pro rebus corporalibus & quæ pro incorporalibus competunt, Robert. 2. *rerum.* 6. add. Sneiduin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 55. *et seq.*

C A P. I I.

Cui competat in rem actio, seu rei vindicatio.

Rerum partitio & ordo. I.
Rei vindicatio competit domino rei: qui talis. II. IV.
Exempla dominii quæsiti iure gentium, & civili. II.
Tractatio de acquisitione dominii hic loci supervacanea & inepta & quare. III.
Competit eadem cuicunque domino, & semper. V.
Nisi forte de tigno iuncto vindicando agatur; & quare. VI.
Item nisi impediat proprium domini factum: quator huiusmodi facta & qualia. VII.
Vel factum sui decessoris. VIII.
Superiora facta etsi domino noceant; illi tamen haud obesse qui advocatum egit in tali caussa. Contraria diluuntur. IX.
Domino rem vindicanti incumbit probatio dominii quæsiti, non autem dominii non amissi. X.
Probatio dominii onerosa. XI.
Probationis huius declinandæ, reive suæ obtinendæ cautiones duæ. XII.
Qualis utraque. XIII. XIV.

I. IN hac actione similiter ut in cæteris rectam actionis institutionem quærimus. Hæc constat iisdem illis locis quatuor communibus, ut constituatur, Cui competat; Adversus quem; Qua de re; Cuius rei obtinendæ caussa: de quibus iam dicam.

II. Competit rei vindicatio, quam eandem nunc proprio vocabulo etiam actionem in rem vocamus, ei qui rem suam petit, idest uno verbo, [1] domino. *L. actionum, D. de oblig. & actio.* Dominus is est, qui iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit: unde & huic ipsi in rem actio competere dicitur, in [2] *L. in rem*, in prin. *D. de rei vind.* Iure gentium

1) Hinc vocatur lis dominii *L.* 18. *princ. de Usur.* & dicitur hic proprietas verti, uti in interdicto possessio *L.* 14. §. *ult. de exc. rei iudic.* Unde apparet male quosdam statuere actiones reales omnes propter unam rem, possessionem scilicet institui, & uni illi fini inservire. Sustinetur tamen actio, etsi, quo tempore intentatur, petitor non sit dominus, sed fiat post litem contestatam *Cap. abbate in fin. ubi Gl. in v. tempus de re iud. in* 6. Obrecht. Disput. 32. *P.* 1. *n.* 37.

2) Ubi non directam dari actionem, propter verba formulæ: *ex iure Quiritium*, sed utilem vult Hot. *ad princ. I. de Usucap.* Cuius opinio nec olim obtinuit, nisi in dominio bonitario nudo, hodie sublato. Nam & qui ex caussis iuris gentium acquirit, utique plenum dominium consequitur. Et naturale ac civile dominium non sunt diversæ species, licet diversas caussas habeant, cum caussæ efficientis ratione species non varient. Et utilis actio datur ei, qui dominus iure prætorio, quem vulgo utilem vocant, vid. *infra N.* 7.

rium acquisisse dominium dicitur, qui acquisivit modis iure gentium ad eam rem proditis. Iure civili, qui acquisivit modis in eo iure ad acquirendum constitutis. Quam ad rem licet uti exemplis quibusdam, qualia pleraque sub hoc titulo sparsa legere est D. & C. Ex iure gentium, veluti, si quis speciem ex aliena materia a se factam petat. *L. 5. §. 1. D. de rei vind.* Si petat rem a domino sibi traditam, & traditam ex iusta caussa, puta maritus ex caussa dotis. *L. doto. C. eod.* Si fructus in re sua pendentes, qui ipsius fundi pars sunt. 3) *L. fructus pendentes, D. eod.* Si petat, quod ex re sua superest, ut mortui bovis sui corium. *L. solum, D. eod.* Si quod natum est ex re sua, ut partum ancillæ suæ. *L. partum, C. eod.* Si petet, quod in suo plantatum, satumve sit, quod quidem ibi radices egerit. *L. si quis sciens, C. eod.* Si quod in suo inædificatum, quanvis ab alio. *L. in rem, §. ult. D. eod. L. 2. L. si in area, C. eod.* Si petat, quod rei suæ cohæreat, eique cesserit propter præstantiam rei suæ. *L. in rem, §. si quis rei, §. sed & id, §. item, D. eod.* Ex iure civili, veluti, si quis rem alienam a se usucaptam petat. *L.* 4 *nulla, C. eod.* Sed hæc exempli caussa retulisse sufficiat. Etsi enim aliquando plura ad hanc acquisitionem pertinentia, in quibus de rei vindicatione dubitatur, sub his titulis notari possunt: tamen inutile sit hoc loco colligere, & eorum, aut superiorum exquirere hoc loco rationem. Nam si exempla dominii acquisitionis tantum quærimus, in his quæ retulimus, plus satis exemplorum est. Sin plenam cognitionem acquisitionis, huius nihil ad eam rem contulerit, cæterorum exemplorum, quæ hic leguntur, adiectio aut tractatio. Ut enim hæc & priora conferantur omnia in unum, tamen vix millesimam partem efficiant eius cognitionis.

III. Quid ergo, nosse hoc loco non oportebit, quibus modis dominia rerum acquirantur? Immo vero etiam nosse hoc loco necesse est, ut hinc de iure nostro dominii ad vindicandum statuatur. Sed ea tractatio non est huius loci: duabus de caussis, & quod supervacua est hoc loco, & quod inepta. Supervacua, quia de his locis abunde ante diximus in acquisitione dominiorum. Unde sumi potest, quod huc pertinebit, sive acquisitionis species, sive eius ratio quæretur: cumque ii modi sint prope innumeri, nemo mirabitur, si brevi eorum comprehensione non utamur, ut de acquisitione hereditatis in huius petitione fecimus. Idem enim brevi comprehensione in re infinita consequi non potuimus. Inepta, quia non debent hæ res permisceri, quæ longe inter se diversæ sunt, iuris nostri acquisitio, & quæsiti persecutio. Ad ius porro nostrum pertinet acquisitio dominii: ad iuris huius persecutionem in rem actio. Distinctæ igitur harum rerum tractationes, neque hæ eodem loco permiscendæ. Quod si etiam de ordine istarum rerum quæritur, non alium in his tractandis servari oportuit, quam quem hic secuti sumus. Natura enim docet, prius esse, ut sit aliquid nostrum, sic deinde, si opus est, de eo vindicando agatur: sitque omnino præpostere, si cui prius actionem in rem demus de re sua, quam hoc constiterit, quid sit suum cuiusque, unde intelligat, quid tanquam suum possit vindicare; quod tamen in Pandectis insigni quadam distantia factum videmus: ubi libro sexto proponitur rei vindicatio dominis ad res suas vindicandas, ac vix tandem extremis pene Pandectis, idest, libro quadragesimo primo agitur de acquirendis rerum dominiis sub titulis, de acquirendo rerum dominio, de acquirenda possessione, & de usucapionibus.

IV. Redeo igitur ad definitionem, rei vindicationem competere domino; eum dominum esse, eoque & huic competere in rem actionem, qui quovis iure constitutis ad acquirendum modis dominium acquisivit. *d. L. in rem.* Adiiciendum est, & quæsitum, nec amissum retinet. Nam & dominium recte quæsitum, itidem ut res cæteræ, suis modis amittitur: de quibus item modis in constitutione dominiorum diximus. Qui dominium amisit, tam dominus non est, quam si dominium nunquam quæsivisset. Eo fit, ut quemadmodum rei vindicatio ei non competit, qui dominium nunquam quæsivit; sic nec ei competat, a quo quæsitum recessit, quia uterque pariter non est dominus. Ideo si cui in diem addictus sit fundus, id est, venditus & traditus hac lege

3) Ubi, ut hoc obiter, in vulgaribus exemplaribus pluribus monostichon habetur, a Iurisconsulto non de industria effusum, ut vult Matth. Gribald. *Lib. 3. de Rat. stud.* sed quod imprudenti excidit, quod nec alias insolens. Exempla *L. 12. princ. de Publ. act. L. 12. §. 4. de usu & hab. L. 46. de ad. ed. L. 9. §. 11. de reb. dub. L. 9. de R. I.* Scip. Gentil. 2. *Parerg. ult.* Cic. *initio pro Archia. In qua me non infitior mediocriter esse, &c.* & in *Proœm. 1. Act. in Verr.* Iudicium corrumpendum spectare videntur. Et in vers. *Biblior. Non veni pacem mittere, sed gladium* &c.

4) Et hic quoque actio directa, qua agi potest & contra priorem dominum, Pariad. 1. *Rer. Quotid.* 1. 5. 2. Cont. 1. *Disput.* 12. ac male DD vulgo, qui utilem actionem dari censent, quod utile sic dominium acquiratur, vid. *supra Lib. 5. Cap. 29. N. 1.*

lege, ut si alius intra certum tempus meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: sic huius emptoris conditio est, inquit Ulpianus, ut antequam adiectio ab alio facta sit, & ita melior allata conditio, emptor uti in rem actione possit; postea non possit. *L. 5 si quis hac lege, 41. D. de rei vind.* scilicet, quia ante emptor dominus, post allatam conditionem re inempta facta dominus esse desinit. *L. 2. D. de in diem add.* Sit ergo is dominus, ut dixi, qui dominium iustis modis acquisivit, & idem nec amissum retinet. Atque hic demum est, cui in rem actio competit. Dominum esse constat etiam eum, qui nudam proprietatem iisdem ex caussis quaesitam habet eius rei cuius 6 usufructus alienus est. *L. recte. D. de verb. sig.* Ideo & ei rei vindicationem damus. *L. fructus, 33.* in fin. *D. de rei vind.*

V. Sed an omni domino haec actio competit; an semper, & sine exceptione? Et nisi de tigno alienis aedibus iuncto agatur, aut nisi quid voluntas & factum domini decessorisve eius eum removeat, dicemus 7 omni & semper competere. Idque ita est, ut neque dominii qualitas, neque possessoris bona fides, neque extranei cuiusquam factum in re alienanda quae vindicatur, hanc actionem domino adimat. Primum non dominii qualitas. Esto enim; dominium quis sic constitutum habeat, ut non sit stabile, sed habeat constitutum ad certam conditionem, qua exsistente dominium ab eo recessurum sit. Placet eum non eo minus interim recte rem vindicaturum. 8 *L. non eo minus, 66. D. de rei vind.* Et recte, utpote interim dominum. Exempla haec sunt. Testator fundum quemdam suum legavit Titio sub conditione, si navis ex Asia venerit. Pendente conditione heres huius fundi legati dominus est. *L. & post. 12. §. 1. D. fam. erc.* Succedit enim heres ab initio in dominium defuncti in iis rebus, quae defuncti fuerunt, nec legato exemptae in hereditate manserunt. *L. cum heredes, D. de acq. poss* Ac talis est res legata sub conditione; priusquam conditio exstiterit. Sed tamen in hac re ita est heres interim dominus, ut legati conditione exsistente recessurum sit ab eo hoc dominium. Dicimus nihil hoc obesse, quominus interim fundum legatum recte vindicet, quem interim dominum esse agnoscimus. Item, cui fundus addictus est in diem, id est, venditus & traditus hac lege, ut si alius intra Calendas meliorem conditionem attulerit, fundus sit inemptus, *L. 1. L. 2. D. de in diem add.* etiam hic emptor ante allatam meliorem conditionem fundi dominus est, sed is a quo dominium abeat meliore conditione allata. Nihilominus & hunc iam ante diximus interim actione in rem uti posse; qui post allatam conditionem dominio amisso amplius uti non potest. *d. L. si quis hac lege, de rei vindic.* Secundo loco nihil hic domino nocet possessoris fides in re acquirenda. Emerit quis licet rem alienam maxime bona fide, & venditori tanquam domino pretium solverit. Nihil hic aut possessoris aequitas, aut pretii ab eo soluti damnum impediet, quominus dominus ab eo rem suam vindicet & auferat etiam pretio non soluto. 9 *L. 3. C. eod.* Quorum prius etiam ad possessoris personam pertinet, de qua postea; posterius magis ad iudicii huius potestatem. Postre-

5) Ubi male alii libri pro *adiectio* habent *addictio*. Elb. Leonin. 1. *Emend.* 12. *n.* 1. Quare & is cuius res usu capta est, ne quidem si illa ad tertium possessorem venerit, eius vindicandae ius habet, ut recte contra alios Vasq. 2. *ill.* Q. 54. *n.* 12.

6) *L.* 25. *de V. S.* ubi Cuiac. & Goed. *n.* 2. *&* *n.* 12. vid. *supra Lib.* 10. *Cap.* 2. *n.* 6. *&c.*

7) Et soli, scilicet directa: Utilis autem vindicatio & aliis qui quasi domini, ut Emphyteutae *supra Lib.* 9. *Cap.* 14. *n.* 4. superficiario *d. Lib.* 9. *Cap.* 17. *n.* 3. add. Valesc. *Iur. Emphyt.* Q. 33. *n.* 9. Et hi quidem ipsius fundi, aediumque vindicationem habent, uti & servitutis illis debitae, quod ius non est fructuario; Cuiac. *Lib.* 2. *de Feud. Tit.* 9. Neque enim hic dicitur ius tantum peti, ut *tit. D. si us. pet. & si serv. vind.* sed ipse ager vectigalis *tit. D. si ag. vect. pet.* Quare vindicatio quoque utilis dirigitur in ipsam rem corpoream, ac aliud est vindicari ius rei inhaerens, aliud rem respectu iuris, quod in eo corpore quis habet: Attamen haud apte inde dominium utile adstruitur, sicuti ex eo quod utilis actio hypothecaria sit, inepte quis arguet utilem hypothecam, Cuiac. in *Lib.* 21. *Pauli ad edict. ad L.* 74. *hoc tit.* & ex eo quod utilis actio in personam inepte utilem obligationem vel contractum, directe oppositum, vid. *supra Lib.* 9. *Cap* 14. *n.* 28. Sic quoque utilis vindicatio datur rei emptae ab alio ex nummis meis, certis casibus *L.* 8. *C. h. t.* vid. *supra Lib.* 5. *Cap.* 2. *n.* 15. Scip. Gentil. 1. *de Don. int. vir.* 20. Wes. *in h. t. C. n.* 7. Coler. *Decis.* 286. *n.* 83. *& seqq.* Et 10 casus ex Placentino refert Nicol. Carbon. *Practica Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 37.

8) *L. plerunque* 205. *de R. I.* Etsi enim non perfecte nostrum esse videatur *L.* 139. §. 1. *eod.* tamen medio tempore dominium sua vi non destituitur. Vid. Cuiac. 2. QQ. *Pauli in d. L.* 66. & omnino Tiraq. *de Retr. Convent.* §. 2. *gl. un. n.* 36 *& seqq.* Petr. Fab. ad *d. L.* 205. *&* 3. *Semestr.* 6. Confer Virg. Pingicz. Q. 25

9) *L.* 23 *C. h. tit.* ubi similes *LL.* annotat Goth. quibus adde *L.* 16. *Cod. de evict.* Valet equidem venditio rei alienae, verum in venditoris, at non in domini praeiudicium, Coler. *Cons.* 30. *n.* 141. Obrecht. *Disput.* 12. *P.* 2. *n.* 72. Plane si pretium illud in utilitatem domini convertit venditor, restituendum emptori, ut in *L.* 65. *pr. hoc tit. L.* 19. *Cod. de Procur.* Virg. Pingicz. Q. 49. *n.* 17. Unde si maritus, re uxoris vendita, in usum coniugis pretium impendit, uxor rem ab emptore vindicans, pretium ei offerat oportet, Sich. ad *L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 4. Landr. *Lib.* 3. *Artic.* 7. Iure Saxonum Iudaei nec res furtivas emptas reddunt, nisi recepto pretio, Zobel. *Diff. iur. Civ. & Sax,* 31. *n.* 11. *P.* 2. Cuiusmodi privilegia ac statuta improbanda censet Virg. Pingicz. Q. 49. *n.* 19. ubi & *n.* 20. iisdem non teneri studiosos.

ſtremo minime omnium obſtiterit domino rem ſuam vindicanti alienantis perſona, a quo poſſeſſor rem de qua agitur, acceperit. Vendiderit puta, mater fundum filii. Matri quidem ſummus debetur honos a filio. Non tamen efficiet alienatio [10] matris, quominus ea contempta filius rem ſuam vindicet. *d. L. 3. L. cum a matre. C. eod.* Nempe ideo quod mater dominium filio quæſitum facto ſuo adimere ei non potuit: ſic enim dictat ratio naturæ, neminem alterius conditionem deteriorem facere poſſe. *L. ſolvendo, D. de neg. geſt.* Ita filius etiam poſt venditionem matris dominus manet, ut ante fuerat. Quod ſi damus, etiam illud ſequitur, ut ei tanquam domino actio in rem competat.

VI. Sed quod ſupra indicavi, non eſt hoc perpetuum, ut ſemper competat domino in rem actio. In eo hæ ſunt exceptiones. Interdum domino negatur hæc actio ipſo iure; interdum ipſo iure competens iuſta aliqua exceptione ſummovetur. Denegatur ipſo iure in una ſpecie tigni alienis ædibus iuncti. De rebus noſtris, quæ alienæ rei iunctæ ſunt, & cohærentes propter prævalentiam ei rei cedunt, ita ius eſt, ut quandiu cohærent, vindicare non poſſimus: quia dominium eius rei quemadmodum totius corporis iuncti dominus eſt, ita neceſſe eſt & dominum haberi ſingularum rerum cohærentium tantiſper dum einſdem corporis partes faciunt. Sed poſſumus ad exhibendum agere, ut res noſtra iuncta ſeparetur: ac ſeparatam ſic recte vindicamus. *L. in rem, §. item, D. de rei vind.* Verum hoc ita ius eſt in cæteris rebus. In tigno iuncto hoc proprie ſervatur, ut ſi quis tignum noſtrum, puta lapides, ligna, iunxerit ſuis ædibus, dum ex materia noſtra ædificat in ſuo, aut materiam noſtram in ædificium ſuum confert: nos quidem materiæ domini maneamus, ut prius; verumtamen quandiu tignum cohæret, neque id vindicare poſſimus, neque de eo ad exhibendum agere, ut ſeparetur. Effectum hoc lege duodecim tabularum, ne ſi cogeretur dominus tigna aliena ſeparare, cogeretur eadem opera demoliri ædes, atque hoc modo deformaretur publicus adſpectus urbis. Quod tamen ut careret iniuria, propoſuit eadem lex domino tigni actionem in duplum de tigno iuncto adverſus eum, qui ſua ſponte nollet tignum eximere: hæc in *d. L. in rem, §. ult. de rei vind.* apertius in *L. adeo, §. cum in ſuo, D. de acq. rer. domin.*

VII. Eſt etiam interdum, cum quæ ipſo iure domino competit in rem actio, ea iuſta aliqua exceptione removeatur. Naſcuntur huiuſmodi exceptiones partim ex facto ipſius domini, partim ex facto deceſſoris eius. Ex facto domini, quoties is cum poſſeſſore quid geſſit, quo eum pro domino aut legitimo poſſeſſore vel agnoſcat volens, vel iure agnoſcere cogatur. Huiuſmodi facta ſunt quatuor, atque huic poſſeſſori totidem exceptiones ad intentionem dominii removendam. Primum, ſi in controverſia de proprietate, tranſegit dominus cum poſſeſſore, & pactus eſt ſe illi de ea amplius controverſiam non moturum. Secundum, ſi poſſeſſor domino deferente iuravit ſe dominum eſſe, aut illum non eſſe. Tertium, ſi dominus iudicio egit in rem, & poſſeſſor eo iudicio abſolutus eſt. In pacto quidem manifeſta voluntas domini oſtenditur, volentis poſſeſſorem pro tali haberi & manere. Sed non minus eadem voluntas & conſenſus eius eſt in iureiurando ab eo delato, & in iudicio ab eo inſtituto. Hoc enim dicit, qui iuſiurandum poſſeſſori defert, ut ſit is perpetuo poſſeſſor, & maneat ſine controverſia, ſi iuraverit: unde & iuriſiurandi actio & exceptio proficiſci dicitur ex conventione. *L. ſed etſi ſervus, L. qui iuraſſe, §. ult. D. de iurei.* Et qui iudicio agit cum poſſeſſore, hoc ſuſcipere & convenire cum reo intelligitur, ut quod iudicatum erit, id ſequatur; proinde ut poſſeſſori ipſi, ſi vincat, deſinat controverſiam facere, & is pro iuſto poſſeſſore habeatur: unde & iudicio dicitur contrahi. *L. 3. §. idem ſcribit, D. de pec.* Utut hæc conventio in his factis ſe habeat, certe ex his naſcuntur poſſeſſori communes & ordinariæ exceptiones hæ, pacti conventi, iuriſiurandi, rei iudicatæ: quibus conſtat iure communi omnem reum tutum eſſe adverſus eum, a quo illa facta nata ſunt. *Inſt. de except.* Ita his etiam conſequitur poſſeſſor, ut dominus eum ſive velit, ſive nolit, pro iuſto poſſeſſore agnoſcere cogatur. Sed minus mirum

[10]) Et ita nec perſona coniuncta poteſt rem vendere alienam in præiudicium domini. Ideoque nec maritus parapherna uxoris *d. L. 3.* ubi Sicard. *n.* 2. hoc notandum cenſet, contra uſum Germaniæ. (Quando alienata a marito uxor vindicet vid Frid. Penſold. *Addit. ad* Coler. *Deciſ.* 233.) Nec potior conditio emptoris eius qui emit a patre vendente res filii per LL. pleraſque citatas *infra n.* 7. *ſub fin.* argument. a contrario. Quin & eum patrem cogi, ut conſentiat filio acturo & res repetituro poſt alios tradit Pihel. in *L.* 1 *Cod. de bon. mat. P.* 3 *n.* 79. *pag.* 390. & ipſummet vindicare poſſe rem nomine filii, *ibid. n.* 73.

rum est & his exceptionibus dominum removeri. Competunt enim adversus eum, qui vindicet ex vetere caussa dominii, adversus quam illa intercesserunt, pactio, iusiurandum, res iudicata. At quid, si dominus egit quid cum possessore tunc, cum ipse adhuc dominus non esset; deinde ex nova caussa dominium nactus, ex ea postea rem vindicet? Et hic locum habet quartum factum illud, quod dixi, quo & ipso in hac specie dominus removetur. Id factum tale est, cum quis vendidit & tradidit emptori rem alienam, cuius postea dominus factus est; puta cum domino successisset. Nihil ad rem facit nova dominii caussa, quominus venditor si ex ea caussa rem a se venditam ab emptore vindicet, exceptione summoveatur. *L. si a Titio*, 72. *D. de rei vind.* At qua exceptione? Doli quidem, seu in factum comparata, ut est in *L.* 4. *§. si a Titio*, *D. de dol. ma. except.* sed cuius æquitas ex tacita conventione & agnitione simili superioribus nascatur. Cum enim venditor rem tanquam suam vendidit, & tradidit, etiam emptorem pro domino esse voluit. Et vero ita voluit, ut si dominium non transferret, & res emptori evinceretur, se illi ob evictionem obligaret. *L. ex empto*, in prin. *D. de act. em.* Re igitur evicta haberet emptor ultro actionem adversus venditorem eo nomine. Quanto magis venditore vindicante habere debet adversus eum exceptionem ad rem retinendam? Et ita est regula iuris in hæc verba: Cui damus actionem, ei multo magis exceptionem competere quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* In quam sententiam & illud vulgo recte dictum est, [11] quem de evictione tenet actio, eumdem agentem exceptione summoveri ex *L. vindicantem*, *D. de evict.* Non solum autem hoc genere facti removetur ipse venditor, qui postea dominus factus est; sed etiam huius venditoris secundus emptor, in quem solum dominium transtulerit. Propone hoc modo: Venditor rem quæ Sempronii erat, vendidit Titio & tradidit. Is venditor postea Sempronio domino successit, quo iure & dominus esse cœpit rei a se venditæ; cumque forte priore emptore peregre profecto rem possessore vacuam occupasset tanquam dominus; is iterum hanc ipsam rem vendidit alii, & tradidit. Iure hic secundus emptor dominus est qui rem per traditionem a domino accepit. *§. per traditionem*, *Inst. de rerum divis.* & quia a domino tum, cum dominus esset, accepit solus, ideo & solus est dominus. Quid ergo, si priore emptore reverso, & possessione rei recepta, quam animo retinuerat, secundus iste emptor, idemque rei dominus rem ab eo vindicet? Placet sicut removeretur venditor ipse, si ageret, æque & hunc emptorem eadem exceptione removeri. *d. L. si a Titio*, *de rei vind.* *L.* 4. *§. si a Titio*, *de dol. ma. excep.* Atqui nihil hic secundus cum priore emptore gessit, quo eum pro domino agnosceret, sed nec in dominio acquirendo quidquam doli admisit. Unde igitur hæc adversus eum exceptio? Ex [12] persona auctoris: de quo ita ius est, ut quisquis iure & accessione auctoris utitur, eamdem exceptionem pati debeat, quam auctor ipse, si vindicaret. *L.* 4. *§. de auctor. D. de dol. ma. ex.* Congruit regula iuris, Ex qua persona, quis lucrum capit, eius & factum eum præstare debere. *L. ex qua persona*, *D. de reg. iur.*

VIII. Ex facto decessoris removetur rei vindicatio herede eodemque domino rei vindicante, si decessor, cui dominus rei heres exstitit, quid fecerit eorum, quæ supra diximus, propter quod ipse, si rem vindicaret, superiore aliqua exceptione summoveretur. Quæ exceptiones adversus aliquem competunt, eædem si in rem sint, & adversus heredem defuncti transeunt. Sic enim est conditio successorum, ut qui in ius dominiumve alterius succedunt, eodem iure uti debeant. *L. qui in ius*, *D. de regu. iur.* Ex una specie superiorum de cæteris iudicium fiet. Mater fundum, qui filii erat, vendidit. Iam ante diximus, non ideo dominium a filio recessisse; proinde filium dominum mansisse, qui prius fuerat. Si tamen hic matri successerit, & hunc fundum vindicet ab emptore, quanvis vere suum vindicet, placet tamen eum pro qua parte heres est, doli mali exceptione summoveri. *L. cum a matre*, *C. de rei vind.* Nempe ideo, quia mater si eum fundum ab emptore vindicaret, hac exceptione removeretur,

[11]) Vid. Cabillin. *de Evict.* §. 5. *n.* 2. qui hanc regulam 4. modis restringit. Qua de re forte alibi.

[12]) At rationi huic obsistere videtur *d. L.* 4. §. 27. *&* *seqq. &* §. 31 *infra Lib.* 22. *Cap.* 6. *sub fin.* Quare aptior fortassis ratio P. Fabri 2. *Semestr.* 27. *pag.* 277. quia statim atque venditori acquisitum dominium fuit, confirmata emptio & traditio priori facta ex post facto putatur. Atque ita antequam posteriori venderet, ab eo dominium abscessisse videtur. Quæ tamen non tam mero iure quam æquitate sustinentur *d.* §. 31. *v. aequum est.* Unde si eam rem tertius detineat adversus illum hic prior emptor utili actione experietur, non directa, argum. *L.* 41. *de pig. act.*

retur, ut ante diximus. *L. vindicantem, D. de evict.* [13] Heres autem eodem iure utens, iisdem exceptionibus subiicitur. Quod si in hac specie recipimus, multo magis in cæteris illis exceptionibus recipiendum est, pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, quas decessor vivus in re quæ ipsius propria facta est, in se iunxit.

IX. Quæsitum est, num inter ista facta quibus dominus removetur, numerari debeat, si quis alio rem vindicante, aut possessore convento, et in ea caussa advocationem præbuerit tanquam domino, & actor aut reus, cuius caussa agebatur, victus sit. Quæritur, inquam, an hic qui victo adstitit, si cognoverit postea rem suam fuisse, quam alteri defendebat, possit eam a possessore eodemque victore vindicare, an potius propter advocationem superiorem debeat exceptione removeri. Nec abs re est, quod quæritur. Occurrit enim duplex caussa, cur videatur removeri debere. Primum quod contra eum, cuius caussam agebat, res iudicata est, qui potuit ob eam caussam rei iudicatæ exceptione repelli. Par videri potest, ut & defensor eius caussæ eadem exceptione removeatur. Tum autem hic advocatus, eum quem defendebat, dominum agnoscendo, simul se non esse agnovit; quia eiusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. *L. 5. §. ult. D. com.* Et [14] placuit hoc factum advocato rem suam vindicanti, quam prius suam esse ignoraverat, nocere non debere: multumque in hac re interesse inter officium advocationis, & rei suæ actionem defensionemve, *L. inter, D. de rei vindic.* Merito. Ut enim de superioribus obiectionibus respondeam, nihil est neque in re iudicata, neque in existimatione advocati, quod illi in hac caussa obesse debeat. Res iudicata est adversus actorem, aut reum, quorum de re agebatur, quique erant domini litis: at non item adversus advocatum, qui neque rei neque litis dominus fuit. Non mirum, si prioribus exceptio rei iudicatæ nocet; advocato non nocet. Quod autem is rem tanquam actoris, aut rei propriam defendit, sane qua existimatione in hac defensione putavit illorum esse propriam, eadem & suam non esse agnovit. Sed non ideo vere agnovit, aut hæc agnitio illi nocere debet. Defendit enim tanquam alienam, & tanquam talem agnovit errans, dum suam esse ignorat. Nemo errans rei suæ dominium amittit. *L. si procurator, 35. D. de acqui. rer. dom.* quia non consentiunt, qui errant. *L. si per errorem, D. de iurisdict. L. 2. D. de iud.* Et ut maxime quis proponeret advocatum de dominio rei suæ in iure errantem; tamen ne iuris quidem error cuiquam nocet in damnis amittendæ rei suæ, quale hoc est, de quo agitur. *L. error. D. de iur. & fact. ign.*

X. His caussis remotis, propter quas rei vindicationem domino denegari, aut domino iure vindicante actionem exceptione removeri diximus, redeundum est ad regulam, & hoc tenendum, extra has caussas actionem in rem domino omni & semper competere. Sed utique dominum esse oportet, qui hac actione utitur, & qui vin-

13) Hinc vulgatissimum axioma: Heres præstat factum defuncti. Quod præter *d. L.* 14. probatur *L.* 31. *D. L.* 7. *Cod. de lib. cau. L.* 3. *L.* 5. *Cod. de reb. al. non al. L.* 24. *Cod. de donat. L.* 10. *Cod. de solut. L.* 22. *de pignor. L. pen. Cod. de rest. mil. L.* 73. *D. L.* 14. *Cod. de evict.* 2. *Feud.* 58. §. 2. *etc.* Cuius ratio in *d. L.* 7. *Cod. de lib. ca.* quia adeundo hereditatem in id consensit. Et facit *L.* 149. *L.* 175. §. 1. *de R. I.* ac quod heres eadem persona cum defuncto, indeque factum defuncti censetur factum heredis, & contra Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 48. *& seq.* Quare ut quis suum factum impugnare nequit, ita &c. Quam rationem alius solidiorem statuit Iac. Schul. *Addit.* ad Modest. Pist. *P.* 4 *Q.* 140. *n.* 6. ubi *n.* 8. rationem eiusdem reddit, quia turpe sit factum suum improbare. Turpitudinem autem allegans suam non audiatur. Verum firmior ratio petita ex *d. L.* 7. Consentiens enim in actum alterius perinde iura sua perdit atque si ipse eum fecisset, qua de re Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 145. *& seqq.* Cæterum obtinet hæc regula pro portione hereditaria, quatenus nempe & in quantam partem heres quis est, quod eximie declarat Puteol. in *L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 3. *n.* 79. quem de huius regulæ vi & potestate, extensionibus item ac exceptionibus fuse tractantem adi, uti & Tiraq. *d. Gl.* 9. *n.* 47. *& seqq.* Roderic. Suarez. *in Repetit. L. quoniam* 32. *C. de inoff. test. ampliat.* 7. *n.* 7. *& seqq.* Afflict. *Decis.* 232. exacte Decian. *Cons.* 131. *Vol.* 3. Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 15. *& P.* 2. *Q.* 94. *& P.* 4. *Q.* 140. ubi Iacob. Scult. *in Addit.* Virgil. Pingica. *Q.* 31. *n.* 59. *& seqq.* Cacheran. *Decis.* 180. Vigel. *Meth. iur. Contr. Lib.* 3. *C.* 13. *Regul.* 24. *excom.* 1. *replic.* 2. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* 22. *& seqq. Vol.* 3. Anton. Fab. *Cod. sub tit. de hered. act. defin.* 4. & remissive plures citans Blas. Florez. Diaz. *Addit. ad Decis.* Gammæ 67. *P.* 1. Confer. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 7. *n.* 7. *& seqq.*

14) Ubi ratio dubitandi. Videtur nocere confessio præcedens iudicialis, quia dum intendit rem esse alterius, cui adstitit, suam non esse fassus videtur. Ratio decidendi non quod nuda voluntas non satis efficax, qua dominium transeat, ut Steh. in *L.* 58. *C. h. t. n.* 2. & Goth. in *d. L.* 54. nec quod confessio transferendi dominii modus non sit, ut Stiaticus *Obs. Pract. Cap* 19. *n.* 22. Neutra enim ratio accommoda, quia nec hic adest voluntas errantis, sed vera confessio. Sed ut Donellus noster hic: quia confessio erronea vera non est, nec error nocere potest *L.* 18. *Cod. hoc tit. L.* 22. *C. Fam. erc.* & immo confessio etiam tacita, seu quæ per consequentiam actus gesti elicitur, vindicantem doli exceptione submovet *L.* 11. *Cod de evict.* Accedit quod confessio absente adversario non nocet *L.* 6. §. 3. *de confess.* nec alii quam cui facta est prodest. Hic autem dum alii vindicanti assistebat, confessio, si quæ inde eliceretur, non ei tamen facta esset; sed contra eum aliumve tunc possidentem, quæ & a parte adversa, quam tunc habuit non admissa, sed reprobata fuit. Quocirca nec si scivèrit prius rem sui clientis non esse, a vindicando repelletur. Etsi aliud obtineat in querela inoffic. *supra L.* 19. *C.* 6. *n.* 11. *vers. uno modo* quia ibi semel agnitum testamentum reprobari nequit, & ibi ignorare non potest voluntatem defuncti, qui eandem impugnat, add. Pac. 3. *Q.* 47. Bernard. Autumnus *in not. ad* Langlæ. 1. *Semestr.* 1. *lit. Q.*

vindicat, rem suam tanquam suam vindicare, ut talem esse intendat. Hinc exsistit incommodum in hac actione instituenda; quod quia utile est actori aut vitari, aut minui, ut nihilominus rem suam consequatur; ideo hic locus est de eo cognoscendi, videndique, quantum sit id incommodum, si hac actione utatur, & quodcunque id est, an etiam possit id vitare alia via agendo, & simul ad ius suum pervenire. Id incommodum est necessitas probationis. Quia enim qui hac actione agit, dicere & intendere debet rem suam esse, quam petit, & se dominum esse; etiam hoc regulæ iuris ab eo exigunt, ut quia dicit, & quia actor est, id probare debeat. *L. 2. D. de prob. L. actor. C. eod.* Unde & petitoris [15] onus dictum est in usu iuris; quo verbo significatur hæc probandi necessitas. *L. is qui destinavit, D. de rei vindic. L. inter, D. de iud.* Onus ideo maius, quia dominum se esse probare difficilius, & quia re non probata actor vincatur, periculosius. Hic ergo duo quæsita sunt. Primum in hac necessitate oneris quantum actor de dominio suo probare debeat. Deinde quantumcumque est illud, quod is probare in hac actione debet, si hanc difficultatem velit vitare, an ullo modo id possit, & simul suum consequi. Quod primum hic quærimus, quantum in hac actione actor probare debeat de dominio suo, ideo quærimus, quia ut quis sit dominus, diximus duabus rebus constare: ut dominium iusta aliqua ex caussa acquisierit, & ut quæsitum non amiserit. Hoc ergo nunc quæritur, an quia utrumque ad constitutionem dominii pertinet, etiam actor utrumque probare debeat. Et ne nos fallant hæ dominii constitui partes, hic monendi sumus prioris illius partis solum probationem ab eo exigi, ut doceat scilicet se ex iusta aliqua caussa dominium rei aliquando quæsiisse. Hoc probato, illud alterum ab eo non exigemus, ut probet se dominium non amisisse, seu a se dominium non recessisse. Necesse est enim, qui semel dominus esse cœperit, eum perpetuo manere, nisi re mutata dominium ab eo recesserit. Hoc autem a se recessisse non dicit, qui se dominum esse intendit, sed si ab aliquo obiicietur, obiiciet, & dicet possessor, ne teneatur: qui quoniam dicit, etiam ex regula iuris [16] probare debet. *L. 2. L. in exceptionibus, D. de proba.*

15) Non tam inde quod possessor titulum habere præsumatur (nam cum sit facti, non præsumitur, & titulus ac possessio inter se differunt, Menoch. *Adit. possess. Remed.* 4. *n.* 796. *&* *seq.*) quam quia actor titulo & iure carere putatur, quandiu non probat, unde in dubio sententia pro reo & possessore pervulgata, Vasq. 2. *Ill. Contr.* 86. *n.* 7. Et quia assertio actoris in facto consistit, ea probandæ, maxime cum iure naturæ primævo res omnes communes fuerint, idem 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 15. Eademque necessitas etsi contra furem, aliumve violentum possessorem expetiatur. Neque enim adversus eos, ut tales, vindicatio est, sed ut adversus quosvis possessores §. *ult. I. de obl. quæ ex delicto Gl. in L.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Belson. 4. *Supput.* 11. *n.* 3. Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 536. *n.* 11. Etsi Bartolus, aliique relati *ibid. n.* 10. *&* 11. contra, voluerint ut & Boer. *Decis.* 42. *n.* 6. ac Vasq. 2. *Ill. Contr.* 70. *n.* 20. Sneidvin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 74. Maranta *in Singularib. lit. E. initio per L.* 8. §. 2. *de præscr.* 30. *ann.* sed male. Nam si tunc probationem refugere velit is, cui vis illata, possessoriis remediis, aliisve in personam actionibus, experiatur oportet. Ludov. a Peguera *Decis.* 120. Coras. ad *L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 2. *n.* 10. Petr. Barbosæ ad *L. si alienam* 11. *ipsi* 12. *D. sol. matr. n.* 4. *&* 5. *ac n.* 51. *&* *seq.* ubi ad *d. L.* 8. §. 2. resp. Unde nec probandum quod iidem Boer. *d. Decis.* 42. *n.* 7. & Vasq. *d. C.* 70. *n.* 21. prodidere, probationem hanc non requiri, quando dominus rem suam vindicat ab iis, quibus ipse commodavit vel deposuit. Nam eo ipso, inquiunt, quod caussam a me habent, nec ex fide restituunt, me spoliare videantur, ideoque ex sola præsenti possessione dominus præsumor. Quibus succinit Menoch. 6. *Præsumpt.* 63. *n.* 6. *&* 2. *seq.* & fere Tiraq. *de iure primig. Q.* 17. *Opin.* 11. *n.* 26. dum tradit potiorem esse conditionem possidentis, etiamsi actor sit, ut nec tunc cogatur probare. Ast immo cum ægre, & post multam contentionem, obtinuerit ab his vindicari posse, ut *C. seq. n.* 3. absurdum plane potiorem hic in probando conditionem petitoris constituere, qui immo nec in hoc iudicio intendere potest se commodasse, &c. aut contractus fidei inniti. Alioqui termini actionum toto genere diversatum confunderentur, vid. *C. seq. N.* 7. Accedit quod commodatarius & depositarius dum reddere rem domino iniuste detrectant, eo ipso furtum rei faciunt, possessionem domino (saltem naturalem, quam antea tenebat per eos possidendo) eripiunt, atque dum sibi suoque nomine habere incipiunt, possessores ipsimet efficiuntur, tametsi iniusti. Iam vero ipseque Vasq. *d. loc. n.* 22. contendit ex præterita possessione non præsumi dominium. Quocirca Brocardicum DD. quod qui habet caussam a me, nequeat mihi dominii quæstionem referre, Men. *d. lo. n.* 7. obtinebit quando ex ea ipsa caussa agitur, seu cum in illa actor suam intentionem fundat, quod utique solum fit in actionibus in personam, veluti hic Commodati, Depositi. Petr. Barbosa *d. lo.* Donellus noster *ad L.* 10. *C. de pig. act. n.* 24. Nam cum actione in rem ab hisce petitur, non certe spectantur ut qui commodato aut deposito acceperunt; sed ut qui naturaliter tenent ac rei restituendæ facultatem habent *L.* 9. *in fi. h. t.* iunct. §. 1. *I. de act.* Nec consecutio firma est si dicas. Habet caussam a me: Ergo me fatetur dominum. Cæs. Ursill. *in annot. ad Afflict. Decis* 40. *n.* 1. Nec ad rem facit exemplum Menochii *d. lo. n.* 8. quod fideicommissario fiduciarius obiicere nequeat testatorem non fuisse earum rerum dominum. Nam nec ex fideicommisso universali actio in rem datur, vid. *supra Lib.* 7. *C.* 23. (fideicommissaria enim hereditatis petitio adversus alium est, pro herede, prove possessore possidentem, *infra C.* 8. *n.* 10.) & si daretur non ea res singulas peteret, sed ius universale, ut in petitione hereditatis, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 12. Nec ex singulari, post exæquationem legatorum, nisi res testatoris fuerit, *supra Lib.* 8. *C.* 36. *n.* 5. Enimvero iure novo si reus negaverit dominium actoris, & ita ad probationem compulerit, convicti pœna est, ut postea non audiatur alia eiusdem defensio, si dicat sibi in eam rem ius esse hypothecæ vel simile, sed possessio transferatur, vid. *Nov.* 18. *C.* 10. Scip. Gentil. *Li.* 1. *de Iurisd. C.* 25.

16) Recte. Nam quod semel nostrum sine facto nostro ad alium pervenire nequit *L.* 11. *de R. I.* nec recedere a nobis nisi certis iure constitutis modis, Donell. *ad d. L.* 16. *n.* 10. Quare qui contradicit, novum factum allegat, translationem nempe dominii, ideoque probare debet, Vasq. 2. *Ill. Contr.* 59. *n.* 2. *&* *n.* 11. Neque hoc ius tam ex præsumptione aliqua desumitur quam ex necessitate, certisque iuris regulis colligitur: Tametsi inde in ore DD tritissima regula: Semel dominum etiam hodie censeri. Quo de fuse Alciat. *Reg.* 2. *Præsumpt.* 20. *&* *seq.* Menoch. 6. *Præsumpt.* 62. Cravetta *de Antiq. temp. P.* 1. §. *viso in hoc n.* 4. *&* 5. *pag.* 94. Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl* 550.

Unde

proba. Idque in hac ipsa mutati dominii affirmatione fieri ita debere nominatim rescriptum est in *L. sive possidetis*, in fin. *C. eod.* At enim dominus rem vindicans etiam illud de iure suo affirmat dominium a se non abiisse. Sed hæc facti negatio est, cuius ut per rerum naturam nulla est probatio, ita & iure nullam a negante exigi placuit. *L. actor*, *C. de prob.*

XI. Sed semper domino rem suam vindicanti alterius partis onus imponitur, ut probet eam aliquando iusta aliqua sibi quæsitam fuisse, & suam esse cœpisse. Quod nisi fit, certi iuris regula utimur, actore non probante possessorem & reum omnem absolvi, quanvis nullam ipse caussam tenendi habeat. *L. ult. C. de rei vind. L. qui accusare, C. de eden.* At etiam in eo magna difficultas [17] probationis actori obiicitur. Nam in rebus acquirendis non semper interveniunt testes, multoque minus interponuntur instrumenta, ac præsertim tum, cum acquisitio occupatione tantum nostra, aut beneficio rei nostræ constat, nec res cum alio geritur. Si testes intervenerint, non semper vivunt; nec si vivant, semper meminisse possunt, aut præsentes testimonium dicere. Præterea in iis rebus quas ab alio traditas accepimus, non est satis probare rem nobis traditam, & ex iusta caussa; hoc etiam accedere oportet, ut probetur [18] dominum fuisse, qui tradidit; quia nemo

plus

Unde & libellum, quo petitor intendit rem suam fuisse, sustineri censet Sich. *in d. L.* 16. *n.* 4. Præsumptionem tamen hanc allegandam esse, etsi reus fateatur dominum fuisse, vult Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 48. *n.* 5. sed id quovis iudicii tempore fieri posse, ut idem *Quæst.* 50.

17) Quia iuris est, non facti, Geor. Mur. *de iure venandi P.* 2. *C.* 5. n. 22. in sensus corporeos non incurrit, sed solo intellectu & iudicio percipitur, cum in iure consistat, Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 535. *n.* 4. Wes. *in hoc. tit. Cod. n.* 42. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 12. *n.* 4. Nam etsi modis iuris gentium quid acquisitum, veluti occupatione, aut beneficio rei nostræ, raro interveniunt testes, instrumenta non conficiuntur. Quin etsi confecta corrumpi possunt, Obrech. *Disput.* 12. *P.* 1. *C.* 6. *n.* 244. Et immo nec ex instrumentis satis exacte probatur *L.* 12. *C. de probat.* Mascard. *de Probat. Concl.* 540. *& seq.* Cothman. *Vol.* 1. *Cons.* 56. *n.* 31. *& seqq.* Valasc. *iur. Emph. Quæst.* 9. Frid. Martin. *de iure censuum Cap.* 7. *n.* 1. *& seqq.* quia ad dominium acquirendum possessio necessaria, quæ, uti actus corporis, instrumento non probatur, Cothman. *d. lo. n.* 36 *&* 39. Et usu magis formularum a tabellionibus verba hæc: Vendidit rem & tradidit, &c. inseruntur, Oldend. *Progym. Act. Cl.* 3. *Act.* 2. *in Practica* n. 5. Nisi tabellio ipse traditioni adhibitus fuerit, Old. *d. lo. per L.* 2. *C. de acq. poss.* aut instrumentum in conspectu rei confectum, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 50. *Obs.* 13. & nisi inter eosdem agatur, Mascar. *dict. loc. n.* 17. (quod tamen non perpetuum, vid. Valasc. *d. Quæst.* 9. *n.* 8.) ac nisi instrumenta antiqua, Masc. *d. lo. n.* 12. *& seqq.* Cothman. *d. Cons.* 56. n. 81. Menoch. *Arb. Cap.* 42. n. 3. Nam & per famam antiquam plene probari interpretibus visum est, Tiraq. *Præfat. de iure primigen. n.* 107. Mascard. *Conclus.* 546. Et instrumenta nonnullam hic fidem facere posse indicio ex *L.* 19. *Cod. hoc tit.* vid. Io. Petr. Suid. *Decis.* 10. Cæterum hæc difficultas maior in rebus soli, adeoque harum rerum dominium, remoto præscriptionis usu, exacte probare penitus impossibile apparet, ut Vasq. 2. *Ill. Contr.* 51. n. 16. ac recte. Neque enim absque hoc esset unquam, ut qui ipse non usu cepit, probare dominium auctoris posset. Et ne quidem quando quis primus in sacua venit, aut fundum quem dominus pro derelicto habuit, occupavit, ubi probationem facilem esse statuit Myns. *in* §. 1. *I. h. tit. n.* 40. ea citra præscriptionem quasi quoddam subsidium, expedietur. Quia citra eam constare non posset vacuam fuisse, eumve, qui animum habendæ rei abiecit, fuisse dominum. Ex quibus etiam liquet verum & plenum dominium usucapione acquiri, alias pro rebus soli nunquam dari posset directa rei vindicatio. Etsi enim qui nunc vindicat ex alia quam usucapionis caussa sibi dominium asserat; non aliud tamen in eius persona esse potest quam in sui auctoris, etiam mediati. Eadem difficultas in mobilibus iis, quæ antequam nobis acquirerentur, aliorum fuisse necesse est. Neque exceptio videtur in pecunia numerata (cuius dominium facile probatu statuit ex sola traditione Mascard. *Concl.* 535. *n.* 6. *&* 7. contra *L.* 78. *de solut.*) quoties eadem nummorum corpora separata exstant. Nam si nostris ita commisti ut discerni nequeant *d. L.* 78. itemque si consumpti atque expensi, res ipsa amplius non exstat, proinde adiunctum deficiente subiecto intercidit. Dispar vero in iis, ex quarum conditione sola satis constat antea nullius fuisse, ut si feram quis cepit, gemmas lapillosve in littore maris invenit, tabulam depinxit, novamve speciem confecit, ubi probatio expeditior, Myns. *in* §. 1. *I. de act.* n. 39. citra præscriptionum subsidium Vasq. *d. C.* 51. *n.* 21. uti & si bonæ fidei possessor fructus ex re aliena percepit, iuxta ea quæ *supra Lib.* 4. *C.* 24.

18) *L. nemo* 54. *de R. I. & simil. L.* 10. ibi *si originem rei C. de pig. act.* ubi Donellus *n.* 22. Afflict. *Decis.* 40. n. 3. Vasq. 2. *Illust. Contr.* 51. *n.* 16. Mascard. *Conclus.* 535. n. 2. *& Concl.* 537. n. 10. *& seqq.* Meichsner *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 8. *n.* 23. Paul. Æmyl *Decis.* nota 279. *Parte* 1. Quod intellige ubi tempora usucapionum non impleta. Neque in hoc iudicio ex possessione præsumitur dominium, Menoch. 6. *Præsum.* 63. *n.* 1. Mascard. *Concl.* 539. n. 7. Nec satis est si titulum a vero domino habere doceat *L. pen. Cod. hoc. tit.* Nec si testes dicant eum possedisse diu rem pro sua, publiceque dominum habitum fuisse. Menoch. *d. Præs.* 63. *n.* 2. *&* 5. Masc. *d. Concl.* 539. *n.* 3. *&* 6. Nec si coniunctim possessionem pariter & titulum edoceat, quodque ceu dominus se gesserit, re fruitus sit, omniaque, quæ domini pro iure suo solent, egerit, Vasq. 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 17. Diss. videtur Ursill. *in Addit. ad Decis. Afflicti* 23. *n.* 13. Ac necesse est ut testes deponant, quod emere ex. gr. ac rem tradi, accipi ac possideri viderint, Menoch. *Arb. Cap.* 42. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 12. *n.* 7. aliaque iuxta naturam cuiusque contractus, uti in venditione pretium fuisse numeratum, Myns. *in* §. 1. *I. de act. n.* 41. Menoch. *d. Cap.* 42. vel fidem de eo habitam. Nisi dixeris traditione ipsa effici ut fides habita censeatur, quod reprobatur *supra Lib.* 4. *Cap.* 16. *n.* 11. Utque rationem dicti sui firmam & concludentem reddant Masc. *Concl.* 547. n. 1. Hart. Pist. *Lib. Quæst.* 17. *n.* 4. Quomodo autem dominium auctoris probetur, vid. Masc. *Concl.* 537. *n.* 13. ac *seqq* & quod satis de eo dicatur constare per famam in factis antiquis, tradit Afflict. *Decis.* 23. *n.* 5. Petr. Barbosa *ad L.* 12. *sol. matr. n.* 86. Wesenb. *Cons.* 21. *n.* 38. Ant. de Gamma *Decis.* 290. Io. Meichsner *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 3. *n.* 25. Sane etiamsi petitor se proprietarium dixerit, obtinere tamen eum probato iure finitimo (seu utili, ut vulgo dominio) censet Pinel. in *Lib.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 8. Quod refellit Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acquir. possess. P.* 1. *n.* 11. quia etsi libellus sustineatur, si saltem lato verborum significatu intentionem actoris contineat, tamen nec larga interpretatione vox *proprietatis* adaptari potest utili dominio, sicuti & male putat idem Pinel. *d. loc. n.* 18. sufficere etsi usumfructum suum esse doceat, modo non expresserit rei vindicationem, sed simpliciter se dominum rei dixerit. Cum quo non facio, quia si quod est ususfructus dominium [illegible] non est ipsius rei, sed iuris ac servitutis in re. Confer Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 10. Gravius tamen parte alia peccant, qui nec usucapione probata, obtinere volunt qui se proprietarium dixit, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 45. *Obs.* 12. *n.* 4. Enimvero nec coniecturæ nec indicia iure prodita hic respuenda *L.* 19. *Cod. h. t.* Wesem. post alios in *hoc tit. Cod.* n. 44. Menoch. *Arb. Cas.* 42. n. 2. Masc. *Concl.* 535. n. 5. *& Concl.* 538. Vult.

Cons.

plus iuris transferre possit, qnam ipse habeat. *L. traditio*, *D. de reg. iur.* At illum dominum fuisse, sæpe æque obscurum, atque hoc, nos esse dominos.

XII. Hinc ergo quæsitum, quod secundum diximus, nullane esset ratio domino de re sua a possessore obtinenda laboranti istam probationis necessitatem effugiendi, & nihilominus rem suam consequendi. Et cum esset, hoc loco demonstrata est a veteribus, quo dominis & iustis possessoribus consuleretur. In quo duæ sunt cautiones.

XIII. Una hæc, ut qui rem petere destinavit, videat prius, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem. Si potest, det operam, ut hoc experiatur potius. Sic enim possessionem nactus hoc consequetur, ut in adversarium partes agendi, & una cum actione etiam onus petitoris transferat; ipse qui possidet, & cum quo agitur, possessoris commodo fruatur. Hoc [19] in *L. is qui destinavit*, *D. de rei vind.* Onus petitoris iam dixi esse probandi necessitatem, quæ actori incumbit. Commodum autem possessoris est illud, ut si actor non probet, se dominum esse, nullam hic propterea probationem exigamus a possessore, sed sine alio iure, sine alia iuris sui probatione obtineat, maneatque ei in suo loco possessio. [20] *L. actor*, *C. de probat. L. qui accusare*, *C. de eden. L. ult. C. de rei vindic. §. retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd.* Hinc ubique ut petitoris onus, sic possessoris commodum dici & hæc inter se opponi legimus. *d. L. is qui destinavit*, *de rei vind. L. inter*, *D. de iud. §. retinendæ*, *Instit. de interd.* Interdicta ad eam rem usitata sunt, adipiscendæ possessionis, recuperandæ, retinendæ, ut est divisio in *§. sequens*, *Instit. de interd.* Adipiscendæ, ut quod legatorum propositum heredi, ut quam rem legatarius ex hereditate tanquam sibi legatam sua auctoritate occuparit, hanc restituat. *L. 1. D. quod leg.* Quid ergo, si heres eam rem tanquam suam, & minime legatam velit vindicare? nempe recte faciet, si potius utetur superiore interdicto ad possessionem adipiscendam, quam primo quoque tempore sine alia dominii quæstione recepturus est. Recuperandæ, unde vi, proditum ei qui vi de fundo deiectus est, ut eo sine exceptione restituatur. *§. recuperandæ*, *Inst. de interd.* Retinendæ, uti possi-

Conf. Marpurg. 30. *n.* 113. *& seqq. Vol.* 2. Cuiusmodi sunt, si venditor emptorem in possessione rei esse scivit & passus est *L.* 2. *Cod. de acq. poss.* ut nempe inde arguatur traditio. Itemque si Colonus qui longo tempore pensionem solvit, postea renuat, nisi ipse dominium probet, indicium dominii habetur diutina possessio *L. litibus* 19. *Cod. de agric. & cens.* Sich. *ad d. L.* 19. Mascard. *dict. loc.* Hinc res signata eius esse censeri, qui signis illis utitur, Mascard. *Concl.* 551. Accuratior vero probatio dominii exigitur in iudicio hoc petitorio, & quando principaliter in iudicium deducitur. Non æque cum in exceptionis modum obiicitur, (ante intentionem scilicet actoris fundatam. Ea enim fundata, exceptionis idem ius quod actionis, Coras. *ad L.* 12. *§.* 1. *de acq. poss.* 1. *Cap.* 2. *n.* 11.) aut cum de eo incidens quæstio, ubi possessio in præsenti, facilius præsumitur, vid. Menoch. 6. *Præsumpt.* 63. *& Recup. Poss. Remed.* 11. *n.* 32. *& seq.* Coras. *ad dict. L.* 12. *§.* 1. *P.* 2. *n.* 9. *&* 10. Vult. *Cons. Marp.* 30. *n.* 118. *Vol.* 2. Mascard. *Concl.* 539. *n.* 8. *& seqq.* Vasq 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 17. *& Cap.* 70. *n.* 19. Sneidevin. *in §.* 1. *I. de act. n.* 75. *& seq.* Io. Petr. Surd. *Decis.* 10. *n.* 11. Meichsner. *Decis. Camer. Tom* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 4. *n.* 73. *& seqq.* veluti in actione L. Aquiliæ & condictione furtiva, quibus non agitur, ut declaretur dominus, sed ut damnum emendetur, vel res restituatur, Coras. *d. n.* 10. Item in restitutione in integrum, vid. Oddus. *de Restit. in integr. Part.* 1. *Quæst.* 39. *Art.* 3. Item si agatur de servitute domui meæ debita, quia tunc non tam exacta probatio dominii ædium requiritur, ne duplici probatione oneretur actor, cum utique principalis eius intentio, ex. gr. servitutem impositam esse domui vicini, plene probari debeat. Vasq. *d. Cap.* 51. *n.* 18. Petr. Barbosa *ad L. si alienam* 11. ipsi 12. *D. solut. matrim. n.* 57. Sneidev. *in §. æque* 2. *I. de act. n.* 19. *& seq.* Itemque si dominus negatoria agat satis incidenter dominium probat ex possessione ædium quas liberas esse intendit. Myns. 1. *Obs* 19. Gui. Pap. *Decis.* 28. *ibique not.* Stephan. Ranchin. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 42. *n* 1. Sneidevin. *in d. §.* 2. *n.* 36. Plura de his desiderans adeat Menoch. *Arb. Cas.* 42. *&* 6. *Præsumpt.* 61. *& seqq* Afflict. *Decis.* 23. Boer. *Decis.* 42. Gilman. *Dict. Decis.* 12. Sebast. Medic. *de Conserv. Possess. Parte* 1. *n.* 3. *& seqq.* Cothman. *Vol.* 1. *Cons.* 56. Vult, *Cons. Marp.* 30. *Vol.* 2. Valas. *Iur. emph. Quæst.* 9. Mascard, *Vol.* 1. *de Probat. Concl.* 535. *& seqq.*

19) Vid. *L.* 35. *de acquir. possess.* Wes. *Cons.* 21. *n.* 6. Colet. *de Process. Part.* 1. *Cap.* 1. *n.* 8. *& seqq.* Quandoque tamen petitorio statim experiri expedit, vid. Vult. *Cons. Marp.* 34. *n.* 64. *Vol.* 1. *& Cons.* 29 *n.* 196. *Vol.* 2. & Goedde. *Cons. Marp.* 28. *n.* 253. *Vol.* 3. Monet autem advocatos Parladorius 1. *Rer. Quotid.* 10 *n.* 22. ut verbis ad id accommodatis utantur. Possessorium enim interdictum non deduci per hæc verba: peto mihi *prædium* restitui: sed per ista: peto *prædii possessionem* restitui atque reintegrari. Sed quibus verbis petitorium, quibus item possessorium intentatum habeatur plenius, Menoch. *Prælud. Recup. possess. n.* 11. *& seqq.* add. Vult. *Cons. Marp.* 20. *n.* 3. *& seqq. Vol.* 3. Enimvero Franc. Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 5. putat hoc consilio uti non posse salva conscientia, nisi ad quem res vere pertinet, qui & iudicio petitorio obtenturus. Quam recte alii viderint.

20) *L.* 14. *ff. de probat. L.* 7. *§. ult. de liberal. causa & similib.* vid. Tiraq. *de Iure primog. Quæst.* 17. *Opin.* 11. Menoch. 6. *Præsumpt.* 69. *& Adip. possess. Remed.* 4. *n.* 794. *& seqq.* Coras. *in L.* 12. *§.* 1. *de acquir. possess. Part.* 1. *n.* 7. Cæsar Contard. *in L. diffamari Cap.* 4 *n.* 21. *& seqq.* ubi modis aliquot restringit Valasc. *Iur. Emph. Quæst.* 9. *n.* 12. ubi excipit: nisi in petitione iuris præsumptio obsistat possessori. Sicuti & Vasq. 2. *Illust. Contr.* 85. in iuribus iis, in quibus petitoris intentio fundata est de iure, actorem etsi nihil probet obtinere, nisi reus idemque possessor contra ius suum atque titulum edocuerit. Veluti cum de territorio & ditione principis constat, satis fundata eius intentio. Unde si alius sit in possessione iurisdictionis, controversia mota ipse probet necesse est, vid. Vasq. *d. Cap.* 85. *& seqq.* (ubi *n.* 4. *& seq.* contra obtinere si possessio diutina) & Curt. Iunior *Cons.* 184. *n.* 8. scite Wes. *Cons.* 4. *n.* 71. Knich. *de Sublimi territ. Iure Cap.* 5. *n.* 98. *& seqq. & Encyclopedia Cap.* 1. Meichsner. *Decis. Camer. Tom.* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 3. *n.* 2. *& Tom.* 3. *Decis.* 23. *n.* 20. *& seq. ad Decis.* 33. *n.* 30. 48. *&* 51 *& Tom.* 4 *Decis.* 17. *n* 22. Valasc. *Iur. Emphyt. Quæst.* 8. 20. *& seqq.* Unde & emphyteutæ, vasalli, censiti, si se tales agnoscant, sed de finibus possessionum & quousque onerata sint prædia contentio, titulum suæ possessionis edere & probare tenentur, vid Valasc. *Q.* 8. Frid. Martini *de Iur. censuum Cap.* 8. *n.* 249. *& seqq.*

possidetis de rebus soli, & utrubi de rebus mobilibus, proposita ei, qui rem de qua agitur, nec vi, nec clam, nec precario possidet ab adversario. §. *retinendæ, Inst. de interd.* Qui igitur ita possidet, si ei fiat controversia proprietatis ab eo, qui nihilominus eam rem teneat; quanvis forte vere dominus sit, & speret se rem vindicando auferre posse pleno iure, tamen consultius faciet, si utatur potius interdicto possessionis sibi retinendæ caussa, quam si ultro vindicet, ubi repudiato commodo possessoris reus petitoris ultro in se subeat.

XIV. Quod si qui in rem agere volet, destituetur omni interdicto ad possessionem sibi constituendam, proxima cautio est ex edicto prætoris ad vitandam difficultatem dominii, ut si licet, experiatur Publiciana actione. Hæc enim proposita est ei, qui rem ex iusta caussa sibi a non domino traditam bona fide accepit: ut quanvis a fure acceperit, tamen omni possessori præterquam domino rem auferat. *L. 1. D. de Publicia. §. namque, Inst. de interdict.*

CAP. III.

Adversus quos competat in rem actio.

Rei vindicatio est adversus eum qui rem qua de agitur, possidet. I.
Possidentium divisio multiplex, qua de re alibi fusius, & quo in loco. II.
Est item adversus eos, qui rem tenent tantummodo, habentve restituendi facultatem. Florentina lectio in L. officium, 9. D. de R. U. *defenditur.* III.
Contrariis occurritur; & cur possidendi verbum improprie usurpetur in actione in rem, proprie vero in interdicto Uti possidetis, *explicatur.* IV. V.
Tales possessores quomodo se hoc iudicio liberare possint. VI.
Rei vindicatio quid differat a petitione hereditatis: est illa adversus omnem possessorem. VII.
Genus exceptionis duplex indicatur. VIII.
In communis rei vindicatione multiplex species sive casus. Qualis uniuscuiusque finitio. IX.
Non tenetur rei vindicatione qui sine dolo possidere desiit. Qualis hic cautio petitoris. X.
An hæc in rem actio ad heredes transeat. Quæstionis occasio; & eius ex actionum genere definitio. XI.
Interest an possessor decesserit ante, vel post iudicium acceptum. XII.
Si ante: heres tenetur, quatenus possidet. Quid huic rei consequens. XIII.
Si post: tenetur heres ex persona defuncti; & quoties, & quomodo. XIV.

I. De actoris persona hæc, cum quæritur, cui actio in rem competat, & ex caussa dominii agentem, (quæ in huius persona agendi propria caussa est) quid cavere in actione instituenda, quid in instituta sequi & præstare oporteat. Si quæritur de persona eius cum quo & adversus quem hac actione agitur (qui in recta huius actionis institutione secundus locus est) lex omnium actionum in rem communis est, quæ in hac actione potissimum servatur: ut fit adversus eum qui rem de qua agitur, possidet. [1] *L. actionum, D. de obl. & act. L. qui petitorio, D. de rei vind.* Neque vero, ut initio ostendi, alia de caussa dicitur actio in rem, quam quod rem sequitur, ac propter rem ipsius rei possessorem. Inde illud in *L. unica, C. de al. ind. mut. cau. fact.* possessio in rem parit actionem adversario, quod nihil aliud est, quam possessionem eius qui rem possidet, hoc præstare adversario, idest, petitori, qui rem vindicat, ut cum possessore in rem agi possit; seu possessionem caussam esse, quæ vindicanti actionem in rem tribuat adversus possessorem. Quod tamen sic accipiendum est, ut possessio pariat petitori actionem in

1) *L. 24. § ult. de iudic. L. 1. C. Ubi in rem act. Cap. examinata extr. eod.* Etsi is titulum habeat ab ipso vindicante, si ille iure invalidus vel reprobatus. Sicuti res coniugi illicite donata vindicatur *L. 33. § 1. L. pr. L. 39. L. 55. de don. int. vir.* vid. Scip. Gentil. *Lib. 1. de Don. int. vir. Cap. 20.* Quin & contra maritum ad inopiam vergentem quando repetitio dotis conceditur, res extantes a marito hac actione peti posse, scribit Rauchbar. *P. 1, Quæst. 33. n. 21.* de quo ambigo.

in rem ex [2] persona possessoris. Alioqui ex persona actoris actionem in rem illi parit non possessio, sed dominium, idest, actionem habet in rem, non qui rem possidet, sed qui dominus est, ut recte dicturi simus, idque ita statui oportet, actionis in rem duas esse [3] caussas efficientes, ab actore dominium, a reo possessionem.

II. Possessorem hic ut & in omnibus in rem actionibus plenius accipimus, ut contineantur hoc verbo ii, de quibus diximus in petitione hereditatis: quorum genera sunt duo. Unum eorum, qui vere & naturaliter rem tenent, quam & possunt restituere. Alterum eorum, qui cum natura non teneant, iure tamen perinde habentur, quasi possiderent. Prioris generis species duæ: qui vere possidet: is autem est, qui vel animo & opinione domini rem tenet, ut est qui bona fide emit, vel adeo

2) Recte. Vera enim caussa actionis, qua posita ponitur, detracta desinit. Donellus noster *ad §. 1. I. de act. n.* 22. Et ita Sich. *in Rub. Cod. hoc tit. n.* 24. Parit actionem, ait, scilicet passive, ex parte rei. Sicuti contra textus, qui dominium solum requirunt *L.* 23. *pr. h. t; L.* 27. *§.* 1. *&* 4. *de auro leg. &c* intelligendi scilicet active. Nec inepta lectio in *d. L. un.* aut in aliam commutanda, hanc nempe: *in rem actioni possessio pariat adversarium*, ceu emendant Gif. *ad §.* 1. *I. de act.* (ita Contium ex manuscriptis reposuisse testatus) & ad *L.* 25. *de O. & A. n.* 41 add. Hott. *ad d. §.* 1. *& ad L.* 17. *de pig.* Quin vitiola potius hæc correctio, nec aptior argutatio Hortensii: Si possessio mater actionis, eamque parit adversario; non domino eam pariet, sed possessori. At qui possessionem habet, frustra vindicando agit, ut possessionem revocet. Perinde videtur atque si sic arguteris. Si obligatio, quæ vinculum est debitoris per definitionem illius, parit actionem (uti dicitur *L.* 42. *§.* 2. *de Procur.*) pariet eam non creditori, sed debitori. Et quid quæso hoc est, quamque incommoda loquutio *parere adversarium*. Anne sicuti mater actionis in personam dicitur obligatio, & actionis in rem mater dominium, ab ipsoque Hortensio: ita possessio mater sui possessoris? Pariterque inconcinne dicitur *adversarium actioni*: Adversarius enim, ut nomen ipsum præ se fert, dicitur qui alteri se opponit, ei contradicit ac resistit. *L.* 27 *§. ult. de poenl. L. ult. C. de feriis. L.* 9. *C. de transact. & plurib. simil.* Unde & sæpe dicitur pars adversa, pars diversa, &c. Sine adversario nulla luctatio est, ait Cic. *de Fato*. Pugna autem & contentio non est actioni seu liti cum altero litigatore, sed duobus inter se invicem. Et adversaria forte actioni exceptio aut defensio recte dicatur, (sicuti vim iuri adversariam dicit Cicero,) & contra: non vero reus intentioni, actorve depulsioni. Apparet itaque extrariæ isti antiquam lectionem præferendam. Quæ nec sede sua dimovenda foret si vel maxime quædam inesset *duspheksia* (quæ nec videtur tamen) nostratibus quippe non minus insolens. Sicuti in ipsaque *d. L.* 17. *de pig.* vulgarem scripturam durioti longe expositione tuetur Hott. *ibid* ubi quidam pro *persecutio* legere malunt *possessio*, & alii *obligatio* vel *conventio*, P. Fab. 2. *Sem.* 25. *pag.* 373 Et confirmat nostram illam valide tum *L.* 24 *§. ult. de iudic.* verbis: *ex præsenti possessione hac actio est*, tum ratio evidens, quia uti sententia hic duo continet ut *infra C.* 6. *n.* 5. ita duæ petitionis partes & caussæ sint oportet. Nec obstat quod Gifan. ad *d. L.* 25. *n.* 23. *& seqq.* contendit: non dominium & possessionem iunctim, sed dominium solum caussam esse huius actionis. Proprium quidem eius esse quod contra possessorem detur, sed id ad substantiam actionis non pertinere, cum & quibusdam aliis actionibus conveniat, uti ad exhibendum; interdictis; & quæ in rem scriptæ. Possessionem non esse caussam vindicationis, sed requiri ad actionem exercendam & movendam in iudicio, quæ sine adversario moveri non potest. Nec peti rem quia possidetur, sed quia nostra est, etsi non ab alio, quam qui possidet, quia non alius impedit nos usu & fructu rei nostræ, effectu ac commodo dominii, potiri. Solum itaque essentiale actionum in rem esse quod competunt ex dominio, utpute quod cum multis aliis actionibus communicetur. Ita Gifan. Qui & ex eo iuvatur quod post Bald. tradit Io. Baptist. Ajin. *Tract. de Exsecut. §.* 7. *C.* 77. *n.* 4. vindicationem apud possidentem in habitu ac potentia existere. Verum immo & ad essentiam ac constitutionem, nec exercitionem solam iudicii petitorii requiri, ut possessio sit penes alium, præter *d. L. un. & d. L.* 24. *§ ult.* probat quoque §. 2. *I. de act.* ubi actio non prodita dicitur possidenti & *L.* 1 *§.* 6 *D. uti possid.* ubi: nunquam ultro possessori dari. Interest sane inter hæc: actionem non nasci & natam exerceri non posse, inter ius agendi & facultatem, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 1. *n.* 1. Quod apposito forsan exemplo, in quo & usus quæstionis elucebit, ita declarari videtur: Actioni non natæ non præscribitur, & a die quo nata est, *L.* 3. *C. de præsc.* 30. temporis & computationis initium sumitur. Iam certum est actiones in rem non solum usucapione amitti, ubi dominii translatio est, sed & iisdem longissimo tempore, quando usucapioni locus non est, præscribi. Ponamus: Titius fundi Tusculani iusta emptione a Tullio priore domino traditi dominus effectus, eundem vicennium possedit. Inde possessione amissa, quæ ad Seium, sed mala fide, & sine titulo, pervenit, aliud vicennium rei usu caruit. Quo lapso a Seio vindicat. Nemo dicet Seium, quem usu non cepisse ponimus, iuste Titii petitionem submovere. Submoveret autem si rei vindicatio ab ipso die acquisiti Titio dominii prodita adeoque nata extitisset. Nam quæ non motæ sunt actiones, etiam in rem 30. annorum iugi silentio, ex quo competere cœperunt, sopiuntur *d. L.* 3. *C. de præsc.* 30. *an.* Dices. Ideo non submovet, quia dicere nequit se ipsum tantum tempus, 30. videlicet annos, possedisse. Resp. At quid si hoc non necessarium in ea præscriptione, sed lapsus temporis ac silentium & negligentia domini, cui coercendæ illa prodita videtur, cum præsenti possessione conventi undecunque nactus fuerit, sufficiant, uti sit tuo. Perrarus alioquin erit usus præscriptionum tricennalium, rarior 40 annorum, nullus memoriam hominum excedentium. Cum non dici possit possessorem præsentem accessionum suorum auctorum subsidio uti, quippe cum vitiosæ ab initio possessioni, de qua speciem [illegible] nus, nulla accedat: heredibusque vitia possessionum noceant *supra Lib.* 5. *C.* 10 Facit *L.* 8 *§* 1 *in fi. C. de præsc.* 30 *ann.* in verbis: 40. *annorum computandorum, ex quo prior possessor, qui vivere, possessione cecidit*. Non dicitur, ex quo iniustus possessor posterior adeptus est possessionem. Sed etsi dicas non se tueri præscriptione, nisi qui tanto tempore ipse possedit, possidentive heres, cum quo idem iuris interpretatione habetur: verum tamen erit actionem in rem contra eum non antea proditam, nec exercitionem solum, sed & ius vindicandi domino defuisse. Immo necessarium; cum actio sine reo convento nec esse nec fingi queat *supra Lib.* 17. *C.* 4. *n.* 3. Quapropter quod dicitur *d. L.* 27. *§.* 2. *de auro a.* non videri suum esse quod vindicari non possit, accipere convenit, si res ipsi absit ab alio detenta *d. L.* 1. *§.* 6. *Uti possid.* Nihil impedit quod & aliæ quandoque in personam actiones possessorem tenent. Non enim ut possessorem, sed ut aliquo facto suo obligatum, vid. *supra Lib.* 15. *C.* 38. *n.* 3. *& N.* 3. *& C.* 39. *n.* 31. *& C.* 47. *n.* 18. *N.* 9. *ac Comm. ad §.* 20. *I. de act n* 8. *ibique* [illegible] *sub fin.* Quid quod condictioni furtivæ, commune, ut domino ceu domino competat. Ac substantialis quidem forma rei communicari alii rei nequit, cum per eam illa sit quod est, attamen in actibus iuridicis sæpe eadem non una in se constat, sed pluribus iunctis, quæ singulæ separatæ aliis convenire possunt, iunctim nequeunt, ut ex substantialibus contractuum declaratu facile, si curæ pretium esset aut institutum ferret. Sed missa hæc faciamus.

3) Ita & noster ad *L.* 10. *C. de pig. act. n.* 23. *& seq.* Quæ & extrema, substantialia, ac requisita ab aliis vocantur Sylv. Aldobrandin. *ad Accur. in §.* 1. *I. d. act.* Coras. 6 *Miss.* 5. *n.* 4. *&* 5. Bellon. 4. *Suppu.* 11. Menoch. *Recup. poss. Prælud n.* 20. Hot. *ad §.* 1. *I. de act. enunciat* 10. Sneidwin. *in §.* 1. *I. de act. n.* 61 Vult. *ibid. n.* 58. *& seqq. & ad L.* 1. *Cod ubi in rem actio n.* 25. Io Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 2. *Dec. Cam* 3. *n* 6. Quæ eadem substantialem formam actionis huius constituunt, ut *N. præced.* adstruxi. Plane utrumque intentione sua ac libello complectatur petitor oportet, (saltem tacite ut *not. infra Cap* 6. *N.* 3.) nec ideo tamen utrumque si negetur probandum ut *infra N.* 17.

adeo tenet affectu solo dominantis, ut prædo: item qui hoc animo rem non tenens, corpore tamen est in possessione volentibus iis ad quos ea res putatur pertinere: cuiusmodi sunt, quibus res commodata, locata est, apud quem deposita, quive in possessionem missi sunt aut legatorum nomine, aut rei servandæ caussa, & similibus de caussis; quos omnes rei vindicatione teneri placet. *L. officium, D. de rei vind.* Eorum qui pro possessoribus habentur, species item duæ; qui dolo desiit possidere, & qui cum non possideret, se liti obtulit: quos & ipsos quasi possiderent, hac actione teneri placuit: de priore est in [4] *L. sin autem, §. si homo. L. qui petitorio,* in prin. *D. de rei vind.* de posteriore in [5] *L. is qui se, eod.* Quo iure posito, eveniet, ut si cum quis desiisset rem possidere dolo, alius eius rei possessionem nactus sit, incipiant iam duo teneri rei vindicatione; qui possidet, & qui prius dolo desierat possidere. De quibus tamen conveniendis sic ius est in primis tenendum, ut interdum teneatur unus dumtaxat, is tamen, quem dominus elegerit; interdum etiam simul ambo. Idque ita est, prout actor ab hoc aut ab illo prius petere cœperit. Nam si prius actum sit cum eo qui possidet, & dominus rem, aut pro re litis æstimationem sit consecutus; liberetur is, qui dolo possidere desierat. Sin prius actum sit cum eo, qui dolo desierat possidere, nihilominus potest dominus rem suam petere a possessore, ut quamvis a priore litis æstimationem fuerit consecutus, tamen possessor damnari debeat, id est, aut rem restituere, aut pati litis æstimationem. Id servatur in petitione hereditatis, & traditur in *L. nec ullam, §. pen. D. de her. pet.* Sed servatur non minus & in hac singularum rerum petitione, ut indicatur in *L. si is qui, 7. D. de rei vind.* Cuius iuris rationem, ut & cæterarum partium superiorum explicationem fusiorem si quis desiderabit, licet repetere ex iis quæ de hoc genere diximus in petitione hereditatis; ubi totum hunc locum plenius exposuimus.

III. Unum in superioribus habet dubitationem, quod quia proprie pertinet ad rei vindicationem, & tractatur in *L. officium,* sub eo titulo; idcirco distuli in hunc locum; quod nunc attingam. Diximus eos teneri rei vindicatione, etiam qui non possident

4) *L. 69. hoc tit.* add. *supra Lib. 19. Cap. 12. n. 16.* Et hac de re fuse Cels. Bargal. *Lib. 6. de Dolo Regula* 17. add. Vital. 1. *Lect.* 12. unde hoc constet, vel probari possit. vid. Coras. 6. *Misc.* 5. *n.* 4. Bargal. *d. Reg.* 17. *n.* 11. *& seqq. & Lib. 4. de Dolo Cap.* 8. *n.* 63. *& seqq.* Intelligitur autem hoc, de eo qui ante litem contestatam, dolose amisit. Nam de eo qui post nulla quæstio vel dubium, neque is ratione fictæ possessionis convenitur, sed ut verus possessor, cum lite contestata, etiam culpa præstetur. Nimiumque errant, qui, vel contra clara verba *d. §.* 3. contendunt, si ante litem contestatam deserit, actionem in factum dari, ex edicto, de alienatione, iudicii mutandi caussa, proinde hoc remedium, uti ordinarium, cum illo, ceu extraordinarium non concurrere, ut post Panorm. Ias. *in §. 1. I. de act. n.* 78 & Zas. *ibid.* & Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *pag.* 313. volens, cœpto iudicio, solum procedi adversus eum, qui dolo desiit, atque ita dici, quod *competat*, id est continuetur, exsecutionem accipiat. Quos recte refellit Vital. 1. *Var. Lect.* 17. & Mudæ. *in §. 1. I. de act n.* 24. *& seqq.* Nam nec rarum est, plures actiones eiusdem rei nomine, competere, vid. *Lib.* 21. C. 3. & ipsique DD. Brocardici istius: ordinarium & extraordinarium remedia non concurrere, auctores id restringunt nisi extraordinarium plenius provideat, ut hic accidere probat Mudæ. *d. loc. n.* 28. Ac immo hæ actiones ad diversa competunt, altera rem, altera id quod interest persequitur. Sneidv. *in §. 1. I. de act n.* 87. Non obst. *L. 3. §. ult. de alien. iud. mut.* Neque sensus verborum, *si paratus usile iudicium pati*, quasi detractare possit. vid. Mudæ. *d. lo. n.* 30. Pac. 3. *Enant. Quæst.* 13. Enimvero, contra hunc, non datur actio directa, quippe quæ tenet eum, in quem alienatum est *L. un. C. de Alien. iud. mut. ca.* sed utilis *dict. L. §. ultim. de Alien. iud. mut.* Pac. *d. Quæst.* 13. Ræv. *ad L. 131. de R. I.* Mud. in *d. §. 1. n.* 32. *& seqq.* Sneidvin *ibid. n.* 86. Wesen. *in h. tit. Cod. n.* 7. *& n.* 18 quia hic fines excedimus, in prima origine huic actioni præstitutos, nam quod dolus, pro possessione est, id fit interpretatione iuris. Etsi Sich. *in Rub. C. h. t.* nimia minute secando scribat teneri hunc actione directa, sed non directo, verum utiliter, quatuor differentias constituens: ut agatur directa directo; directa utiliter; utili directo; & utili utiliter. Quæ distinctio Iurisconsultis ignota, & in proposito nostro adversatur *d. L. 3. §. ult.* Diss. Bargal. *d. Regula 17. n.* 19. volens dari directam. Enimvero Azo *in Summa. ad tit. Inst. de act. n.* 9. hanc actionem civilem esse scribit, inspecta persona & iure actoris, prætoriam vero ratione rei, quod prætor dolum reputet pro possessione & huc actionem extendat. Sicque accipit *L. 26. §. 2. de nox. act.* Et origine esse civilem, extensione prætoriam, Sneidvin *in §. 1. I. de act. n.* 11. Myns. *ib. n.* 7. Verum Donellus noster *in §. 3. I. de act. n.* 15. contra eum, qui dolo desiit possidere actionem prætoriam, non extensione solum, sed & origine dari ostendit, quia in eum casum, ius civile actionem non dedit. Add. Mudæ. *ibid. n.* 15 Confer *supra Lib. 19. C. 12. n.* 20 Male vero, qui idem statuunt, si culpa desiit possidere, etiam levi, per *L. 63. h. t.* Bargal. *d. Regula* 13. *n.* 18. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 1. *n.* 66. Nam *d. L.* 63. de ea, quæ post litem contestatam commissa est, accipi debet, ut *supra C. 5. n.* 10. Et si facto suo liberatur, qui alii vendidit, tradidit: magis si omissione, aut iniuria amisit, maxime bonæ fidei possessor, qui affectu, non solum, sed & opinione domini, rem tenet, proinde nullam in ea culpam, ante litem motam præstat.

5) Quia & hic, pro possessore, propter mendacium, Gifan. *ad L. 25. de O. & A. n.* 44. si & litem contestatus est, *d. L.* 25. vid. *supra Lib. 19. C. 12. n.* 15. Antea enim, si falso dixit se possidere, asseveratio revocari potest, quia inde nulla captio, vel fraus adversario, qui necdum quidquam in litem impedit, ait Cuiac. *ad Lib. 2. Pauli ad Edict. in d. L.* 27. & interrogatus, respondit se possidere; secus est, si simpliciter litem secum contestari passus est, ita post Panor. Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 1. *n.* 73. *& de Litis Contest. C.* 10. *n.* 34. Alb. Galeot. *Margarita aurea n.* 6. quia non se offert, qui citatus venit, cum iudicia in invitos reddantur. Ante litem contestatam vero tunc, si effecit, ne ageret petitor cum vero possessore, indeque evenit, ut interim is usucaperet, ut *d. L. 27. pr.* accipit Cuiacius, ut tamen, hoc in re agenda, testatione probaverit *d. L. 27. pr.* id est adhibitis testibus, protestatus sit, se ideo non agere cum altero, quod hic dicat se possidere. Cuiac. *ibid.* Sic enim testatione complecti, idem est, quod protestari *L. 3. de nautico fœn.* Et testari, pro testibus probare *L. 7. de incend. ruina naufrag.* Gilh. Reg. 1. *Enant. ult.* Confer. Tiraq. *de Retr. lignag §. 9. n.* 19. *& seqq.* P. Fabr. 2. *Semestr.* 18. *pag.* 92. Langlæ. 4. *Semestr.* 5. Gœd. *ad L. 39. § 2. & ad L. 40. de V. S.*

ideat vere, sed [6] tenent tantum, & habent restituendi facultatem. Videndum est amplius, an id ita sit, & an recte constituatur. Nam primum hic variat lectio in *d. L. officium*. In Pandectis Florentinis ita scriptum est in extremo: *Puto autem ab omnibus qui tenent, & habent restituendi facultatem, peti posse*. In aliis exemplaribus fere ita legitur, [7] *peti non posse*. Quid ergo est? Recta est Florentina lectio, quam illius loci contextus ita exigit, ut salva ratione recti sermonis legi aliter omnino non possit. Prius Ulpianus retulerat Proculi sententiam, negantis vindicari posse ab eo, qui affectu domini non teneret, puta ab eo apud quem res deposita esset, vel cui commodata aut locata, aut qui legatorum servandorum, vel ventris, damnive infecti nomine in possessione esset: quia hi omnes, inquiebat, non possident. Subiicit autem Ulpianus, *Puto autem ab omnibus qui tenent*, & quæ sequuntur. Particula *autem* adversativa est; quæ proinde declarat adversativam orationem his verbis ab Ulpiano subiici. Adversativæ orationis hæc vis & significatio est, ut statuat sententiam prioribus contrariam: hoc enim adversari est. Quare cum prius Proculus posuisset, ab illis quos diximus, peti non posse; necesse est contrariam hanc & adversantem ab Ulpiano positam intelligi, ut diceret se [8] contra putare ab istis *peti posse*, hoc ipso quod habeant restituendi facultatem. Et ne repudiemus, habet hæc sententia manifestam & rationem & æquitatem, etiamsi maxime verbi significatione propria isti non contineantur. Primum est ex mente legis. Nam si per legem licet vindicare ab eo, qui vere & opinione domini, & quidem ex iusta caussa possidet; multo magis licere debet petere ab eo, qui tenet tantum, & minus iuris habet in rei detentione. Bene regula iuris, non debere cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. *L. non debet, cui, D. de regul. iur.* Tum autem æquum est quisquis rem tenet, ab eo dominum rem suam recipere; & hoc æquius, quominus iuris habet in re, qui detinet.

IV. Sed huic sententiæ duo opponuntur, quæ Proculum movisse coniicere possumus ex iis, quæ de eius sententia Ulpianus retulit: hæc autem sunt duo: verbi significatio, & interdictum uti possidetis, vel potius eius interdicti interpretatio recepta. Possidendi verbum constat proprie solum ad eos pertinere, qui animo & affectu domini tenent: cæteros quacunque de caussa rem teneant, aut sint in possessione, non possidere. *L. 3. §. ult. D. de acquiren. possess. §. idem placet*,

6) Sufficit hic qualis qualis, nuda etiam & asinina detentatio. Ideo enim requiritur possessio, ut habeatur facultas restituendi, utque ex eo inducatur arbitrium iudicis ad condemnandum reum in id quod interest, si non restituat. In quo differentia est inter actionem in rem & interdicta, quæ non nisi ad veram possessionem pertinent, in quibus id agit Prætor ut eum cui dat interdictum, aut faciat aut retineat verum possessorem. Ita A. Fab. 58. *Err. Prag.* 5. Liberam enim & late diffusam rei vindicationem esse oportet contra quoscunque occupatores, Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 2. *pag.* 303. & ex eo non citato Bronch. 1. *Ass.* 75. Nec tam qualitas possessionis hic spectatur quam rei restituendæ facultas *L. 24. D. de acquir. poss. L. 46. §. ult. de pig. act. L. ult. C. de fund. patrim. Lib.* 11. Vult. ad *L. 1. C. Ubi in rem act. n.* 39. Quæ detentio concinne corporalis possessio dicitur, quia solo corpore quis rei incumbit, citra animum sibi habendi, nec recte Hot. 9. *Obs.* 1. corporalem & iniustam pro eadem habet. Semper autem requiritur restituendi facultas, sine qua nec teneri qui rem detinet (pertinet *L. servi 16. de Usucap. L. 5. §. ult. ad exhib.*) vult Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 145. *ac seq.* in eoque adversus sequestrem ad obtinendum relaxationem hic agi non posse contendit, quod sine iudicis iussu restituendi facultatem non habeat. Quid igitur si civiliter solum possideat? Hic vindicationem admittunt, post Bart. DD plerique per *L. 60. §. 1. de Usur. L. 3. §. ultim. ad Exhib.* Zang. *de Except.* 2. *C.* 1. *n.* 99. Hartm. *Lib.* 2. *Tit.* 45. *Obs.* 5. *n.* 3. Coras. in *L. 12. §. 1. de acq poss. P.* 2. *n.* 27 Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *pag.* 303. teneri volens ita ut conventus restituat tunc eum copiam rei nactus erit. Sed Vult. ad *L. 1. C. Ubi in rem n.* 40. condemnari hic reum ad restitutionem possessionis, cuius executio fiat pro modo & qualitate eius possessionis civilis, ut in eam inducatur, eo modo quo potest, ut nempe condemnatus se victoria nomine possidere constituat, Coras. *d. loc.* Nec illa sententia alteri, qui naturaliter incumbit possessioni, fraudi erit, si hic aliunde quam ex persona condemnati ius suum assumet. Vult. *d. n.* 46. post Snecdvic. *in §. 1. I. de act. n.* 80. & Coras. *d. loc. n.* 28 *& seq.* Ubi reprobat 2. exceptiones vulgares. (1) Nisi si hic litem contra illum moveri sciens non contradicat. Nam immo contra illum ad aliam rem agitur, nemoque de iure suo ante iudicium respondere cogitur *L. 5. §. ult. de inter. act.* (2) Nisi in ius vocatus cum clausula si sua interesse putaverit. Nam immo ex sola contumacia iure suo non cadit. Male vero Hot. 4. *Obs.* 22. *in d. L. 9. in fin.* pro *&* reponit *aut*, quia & agi possit contra eos, qui restituendi facultatem habent, etsi nec detineant per *L. 38. de pecul. L. 34. §. 1. de pet. her.* Nam *d. L. 38. pr.* simpliciter dicitur vindicare debere pecuniam; nec additur quod a patre Sed quia pecunia ista non est peculiaris, nec eius possessio patri quæsita *supra Lib.* 5. *C.* 8, *n.* 11. vindicabitur a filio qui accepit & detinet. Ac *d. L. 34. §. 1.* accipienda quando possessio patri dominove per servum aut filiumfamilias quæsita est, ut si hereditatem testamento iniusto, aut vitioso delatam adierunt & rerum possessionem apprehenderunt, &c.

7) Ego tamen negativam hanc scripturam in nullo manuscriptorum, quos pluribus locis, vel in itinere, plures perquirere non piguit, me reperire memini Quin nec exemplaria Parisiensia excusa anno Sal. 1527. aliæque antiquæ editiones aliam a Florentina lectionem exhibent. Et nec Bart. Bald. & alios interpretes veteriores aliter legisse eorum commentationes testantur.

8) Diss. Angel. Spannochius *inter Epist. forens. Alex. Guramni Epist.* 6 Qui licet Florentinam lectionem non reiiciat, statuit tamen Pegasi sententiam, non damnari *d. L.* 9 verum addito sale comprobari. Quasi diceret Ulpianus: vindicari quidem posset ab eo apud quem deposita est &c. si haberet is restituendi copiam. Atqui eam non habet qui nude detinet, cum restituere sit possessorem facere, & omnem rei caussam præstare *D.* 28. *h. t. L. 38. §. 4. de Usur. L. 22. de V. S.* Idemque confirmat ex *L. 2. Ubi in rem act.* ubi non tenetur vindicationem sustinere hic detentor, sed dominum nominare. Ast immo *d. L. 2.* non denegat actionem in rem, sed tantum potestatem facit convento detentatori auctore nominato lite se eximendi. Vult in *d. L. 2. n.* 3. Et longius in his refellendis immorari piget.

cet, *Instit. per quas person. nob. aequi.* §. *possidere*, *Inst. de interd.* quod & recte confirmatur in *d. L. officium*, *de rei vind.* Porro legis quæcunque est de rei vindicatione danda, non alia verba sunt, quam ut sit actio adversus eum qui possidet, seu adversus possessorem. *d. L. actionum*, *D. de obl. & act. d. L. qui petitorio*, *de rei vind.* §. 1. *Instit. de act.* Quod & Proculus satis aperte significat, cum negat ab iis vindicari posse qui in possessione tantum sunt, hac ratione, quia non possident: nam alioqui in promptu erat contradictio, si dici potuisset etiam verbis legis hanc actionem dari adversus eos qui tenent, & habent restituendi facultatem. Non ergo præter verbi significationem adversus eos qui tenent tantum, non possident, rei vindicatio danda est. Sed non recte colligitur. Fatendum est enim ita esse significationem propriam verbi, ut diximus, atque hac significatione adversus istos rei vindicationem non dari. Sed improprie & paulo latiore significatione etiam possidere dicimus eos, qui rem tenent, eique quovis iure, & quovis animo insistunt. *L. communi*, §. *neque*, *D. com. divi. L. naturaliter*, *D. de acq. possess.* Quam & significationem sequimur, quoties sententia loquentis hanc interpretationem postulat. *L. stipulatio ista*, §. *hæc quoque*, *D. de verb. signif.* Etsi enim vere dictum est, non debere a significatione & proprietate verbi recedi in re dubia: tamen hoc etiam recte adiicitur, id tum faciendum esse, cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter*, *D. de leg.* 3. At hic sententia legis manifesta est: qui actionem in rem dedit adversus eum qui vere possidet, & plus iuris habet; eum multo magis dare voluisse adversus eum, qui minus iuris habens rem tenet dumtaxat: quod & ipsum regula iuris effici diximus. *d. L. non debet cui*, *de reg. iur.*

V. Obiicitur præterea interdicti *Uti possidetis* exemplum. Nam & lex de rei vindicatione, & edictum in interdicto uti possidetis proponendo eodem verbo possidendi simpliciter utuntur. Actio in rem datur adversus eum qui possidet; & interdictum *Uti possidetis* ei qui possidet, totidem verbis. *L.* 1. in prin. *D. uti possid.* At in interdicto *Uti possidetis* omnes iuris auctores possidendi verbum sic acceperunt, ut hoc verbo intelligerentur ii qui vere possident, quorum detentio est cum affectu dominantis coniuncta; iis autem qui in possessione tantum sunt, quales sunt creditores in possessionem rei servandæ caussa missi, qui proprie non possident, id interdictum denegarent. *L.* 3. §. *creditores*, *D. uti possid. d. L. officium*, *de rei vind.* Consentaneum igitur Proculo videbatur & in actione in rem verbum possidendi eodem modo interpretari. Sed ne hoc quidem recte colligitur, neque istæ actiones in hac re recte comparantur. Sane enim utrobique idem possidendi verbum occurrit: sed legum quæ de utraque actione proponenda scriptæ sunt, non est in hoc verbo eadem sententia: itaque hæc aliam in actione in rem, aliam in interdicto interpretationem huius verbi postulat. Actio in rem non datur possessori, ut eum tueatur, sed adversus possessorem, ut eum oppugnet. Aufert enim rem possessori. Hinc intellecta, ut dixi, mens legis, ut si datur hæc actio adversus eum qui vere possidet, multo magis debeat adversus eum dari, qui tenet tantum, in quo minus iuris aut animi est ad detinendum: ut proinde ex hac sententia debeat horum uterque possidendi verbo etiam abusive contineri. Interdictum *Uti possidetis* contra non adversus possessorem datur, sed possessori ad eum tuendum. *L.* 1. §. *interdictum*, *D. uti poss.* Hic vero neque verbum possidendi, neque interdicti sententia patitur, ut detur interdictum iis, qui animo domini non tenent, sed alias tantum sunt in possessione. Primum quia hi verbo non possident: deinde quia ex sententia non recte sic colligitur; datur interdictum vero possessori, quod verbum possessoris significat: ergo et quoque dandum est, qui vere non possidet, sed corpore tenet dumtaxat. Inepta vero hæc & minime consequens collectio est. Idque facile intelligi potest hac ratione. Nemo enim ignorat inepte colligi, si cui quid quod minus est, datur, etiam ei quod maius est, dandum esse: cum potius hanc dantis sententiam statui oporteat, eum qui nominatim dedit, quod minus erat, hoc ipso id quod maius erat, denegasse. Alioqui licebat utrumque concedere. Atqui minus beneficium est, dare alicui interdictum hac conditione, si vere possidet; maius autem, dare etiam ei qui non possidet, si vel tantum sit in possessione. Quare repugnat etiam interdicti sententia, ut quod datur vero possessori, etiam ad eos qui tenent, non possident, transferatur. Ita hic in summa, non de significatione verbi possidendi quæstio est, quæ significatio certa est: sed de legum & edictorum de his actionibus propositorum sententia: quæ cum diversa sit, non mirum, si aliam

aliam atque aliam huius verbi interpretationem indueat, alias pleniorem, alias adstrictam ad proprietatem verbi, prout sententia postulat.

VI. Illud de his qui isto modo rem tenent, notandum est, sic [9] eos rei vindicatione teneri, ut si alterius nomine quam domini in possessione sint, a quo puta, rem [10] commodatam, depositam, locatam acceperint, his desiderantibus spatium dandum sit, intra quod denuntiare possint [11] iis, a quibus rem acceperunt: ea lege, ut si his nuntiatum sit, neque ad constitutum diem ad defendendum adsint, non solum qui conveniuntur, cogantur rem restituere, sed etiam absentes possessione exeidant; ut si redeant, possint quidem agere de proprietate, verum ita, ut hic actoris partes sustineant, qui autem prius egerat, possessoris commodo fruatur: cautum [12] *L. 2. C. ubi in rem act. exerc. debe.*

VII.

9) De quibus casibus *d. L.* 9. exaudiunt Cuiac. in *Nov.* 88. *in fin.* Goth. in *d. L.* 9. Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 1. *n.* 63. *& seqq.* Vacon. 2. *Declar.* 44. n. 4. ubi non ab ipso vindicante caussam habet conventus, nec eius nomine in possessione est, sed alterius, qui rem alienam deposuit, commodavit, &c. ut *L. pen. C. ad exhib.* Crebriores vero alii generalius hoc ius accipiunt de iis quoque, quibus ipse vindicans commodavit, deposuit, locavit, &c. etiamsi illi in personam actione ab eodem conveniri possent, Hot. *ad pr. & §. 1. I. de act. Emmne.* 5. *in fine*, & 3. *Obs.* 17. *cir. fin.* Vult. *ad d. §.* 1. *n.* 66. Rob. 1. *Rec. Lect.* 18. Vasq. 2. *ill. Contr.* 70. n. 21. Anton. Fab. 4. *Err. Prag.* 4. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 7. Bronch. 1. *Ass.* 75. Quod & probatur ex *L.* 2. *Commod. L.* 38. *pr. de pecul. L.* 24. *§.* 2. *de reb. auct. iud. poss. L.* 5. *§.* 18. *de tribut. act. L.* 2. *Cod. de praes.* 30. *ann.* Sicuti & rem pignori datam, eo soluto, recte vindicat debitor *L.* 10. *C. de pign. act. L.* 1. *C. Si pig. convent.* Pluresque sunt affines rei vindicationi actiones personales, Rutg. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 3. *Cap.* 2. Conducere siquidem potest aliquando in rem actione potius experiri, quando contractus & negocii gesti probatio non expedita, (ut si remotis arbitris quis commodavit, &c.) domini vero suppetit, Robert. *d. C.* 18. Namque hic nec ullam mentionem contractus fieri oportet, nec disquiritur utrum deposuerit, commodaverit, &c. vindicans, sed an dominus sit. Quippe uti cum commodati actionem intentat, nulla de dominio contentio est *supra C.* 1. *N.* 4. ita cum rem commodatam vindicat, nulla de obligatione conventi, sed de dominin petitoris & detentione, vid. *C. praecd. N.* 15. Unde cum in rem actionem pati non compellatur, qui negat se possidere *L. ult. h. t.* si commodatarius, depositarius, conductor hos titulos allegent, nec tantum non inficientur negocium secum gestum contractusve fidem rumpant, sed ultro agnoscant se ipsius petitoris nomine possidere, proinde iudicium hoc subire detrectent, tum quod ipsi non sibi teneant, tum quod frustra in rem agat, cui possessio non absit, audiendi omnino erunt, tametsi alia ex caussa non restituant, parati in personam actionem subire. Quid enim si tempus conductionis nondum exierit, quid si re commodata necdum usus fuerit ad quod illi concessa est? Iniuria fieret reo si in rem actionem pati compelleretur, deteriorque eius conditio ex arbitrio actoris reddi posset. Nam. Rei vindicatio stricti est iuris, actiones, commodati, depositi, locati, &c. bonæ fidei: ubi latior potestas iudicis ad cognoscendum quid reo vicissim ex bona fide præstari oporteat. In actionem depositi solus dolus venit præstandus, in rei vindicatione etiam culpa. Illic forum aliud, quam hic &c. In illis actionibus quandoque compensationi, aliisque defensionibus locus, quæ petitorio huic iudicio, opponi nequeunt, quas, alio genere actionis, adimere actori, liberum foret. Denique si alium auctorem nominans, hoc indicio liberatur, quidni, & qui ipsum vindicantem. Plane & aliis casibus, qui caussam habuit, ac titulum a vindicante, recte convenitur, ea finita, titulove resoluto, ac dominio reverso, ut in addictione ad diem, lege commissoria, itemque in revocatione donationis, ex *L.* 8. *C. de rev. don.* accidit, de quibus suis locis.

10) Aliud si pignori datam, ubi cum debitore qui dedit, agi nequit. *L. servi* 16. *de usur.* Proinde, nec denunciatio ei fieri, contra quam Vult. in *L.* 2. *C. ubi in rem act. n.* 5. *& seq.* Cæterum de aliis, qui sibi tenent, ratione iuris, quod in re, ab alio constitutum habent, ut vasallus, emphyteuta, superficiarius, fructuarius: hæc distinctio est Mynsingeri 2. *Obs.* 58. ut si iis ipsius iuris nis fiat, nominationi auctoris locus non sit, quin nec audiatur, sponte subire volens litem, quod sua intersit, sed nec sententia eius iudicii ipsi noceat. Sin vero rei ipsius, ac proprietatis vindicatio intentetur, nominare auctorem possit. Et probat Vult. ad *d. L.* 2. *n.* 6. *&* 7. ex verbis *quolibet modo d. L.* 2. add. Sich. *ibid. n.* 8. Ant. de Gamma *Decis.* 332. qui receptius esse testatur, ut nominetur dominus, quoad effectum præiudicii, domini directi, non autem ea re declinari iudicium a convento. Quo recepto, frustranea erit quæstio litis, de proprietate motæ fructuario, impendia ipsine, an proprietario substinenda, de quo Castillo post alios *Contr. Quotid. de Usufr. C.* 54. *n.* 4. *& seqq.* Aliquando tamen in consessu Spirensi, nominatio super re ipsa conventi reiecta, ut *Decis. cas. sing.* 3. subiectis decisionibus Fabii Arcadis.

11) Nominare autem eos statim debent *d. L.* 2. id est non quandocunque, ante litem contestatam, ut Sich. *ibidem n.* 5. sed in primo termino comparitionis, ut Vult. *n.* 19. antequam aliquid respondeant, nec prius exceptionibus dilatoriis, & declinatoriis eludere possunt actorem, Menoch. *Arb. C.* 476. *& Recup. poss. Remed.* 5 *n.* 490. *& seqq.* Neque vocula, *debet*, sumitur pro, *potest*, ut post Gl. Sichard. *d. n.* 5. sed necessitatem innuit, Vult *n.* 16. non equidem præcisam, sed consequentiæ, nisi condemnari velit, Wes. in *d. L.* 2. *n.* 10. Non enim expedit, dominum urgeri, ut diu inquirat, utrum, qui rem detinet, suo, an alterius nomine possideat, Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *p.* 33. Nam & si qui prius se possidere declaravit, postea dominum nominet, condemnatur ad restitutionem, veluti qui se liti obtulit. Afflict. *Decis. Neap.* 126. ubi *in Annot.* Cæs. Ursil. Menoch. *Recup. poss. Rem.* 15. *n.* 490. nisi iustum errorem probes, Menoch. *d. ca.* 476. n. 6. Neque necesse est, ut probet se alterius nomine possidere, quod vult Wes. in *d. L.* 2. *n.* 7. & Sich. *n* 9. ac DD. vulgo teste Vulteio *n.* 18. testante tamen usu iudiciorum inde recessum esse. Sed ei creditur, ad hoc, ut denunciatio fiat ei, quem nominavit. Qui, si non agnoscat se auctorem, & convincatur is qui nominavit, quod suo nomine possederit, possessio ei aufertur, ut *L. ult. h. t.* A. Fab. *Cod. hoc tit. Definit. ult.* Afflict. *Decis. Neap.* 18. *n.* 1. ubi *in Annotat. Cas. Ursil. n.* 1. Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 14. *n.* 15. Sane quando calumniæ suspicio evidens, nominatio initio reiicitur, Men. *d. Rem.* 15. *n.* 494. Et quod nominans de calumnia, iurare teneatur vult Ant. Del Re *de Iuram. calum. C.* 15. *n.* 183. Etsi vero hanc denunciationem per iudicem fieri debere, censeat Sich. in *d. L.* 2. *n.* 11. eo, quod, si id nominanti committeretur, is omissa denunciatione, incommodare possit petitori, qui etsi immissus postea in possessionem ceu non defendentis, eam contra dominum, ut ignorantem, non tueretur, & Obrecht. *Disp.* 12. *P.* 3. *n.* 156. *& seqq.* Contra tamen recte, Vult. *ibid. n.* 15. & quia fraus non facile, hic metui potest, & quia nominatione facta, & spatio denunciandi lapso, si non compareat nominatus, a iudice citandus est, nec proinde potest, non certiorari de lite. Quod si agnoscat nominatus, lis in eum transfertur, eique prior conventus eximitur, ac ab instantia absolvitur, Prosper Caravita *in Addit. ad Afflict. Decis.* 126. Robert. 4. *Rer. iudic.* 9. Nec novo iudicio, aut conventione opus, ut Wes. in *d. L.* 2. *n.* 9. sed, vel idem libellus manet, mutato solum nomine conventi, ut Sich. *n.* 13. & Vult. *n.* 22. In possessoriis vero interdictis, nominationi locum non esse; Vult. *d. loc. n.* 13. tametsi Afflict. *Dec.* 217. velit eam liberare a possessoria recuperandæ, quando alius convenitur, quam qui spoliavit, sed quod & in possessorio locus ei sit, crebrius obtinuit, Menoch. *de Remed.* 15. *n.* 485.

12) *Cap ult. §. quoniam extr. ut lite non contest.* summatim tamen, prius discusso negocio *d. L.* 2. vid. Vult. *ibid. n.* 23. Quod si domino non nominato, iudicium co-

Ionus

VII. Ergo in rem actio adversus omnem possessorem est, & possessoris verbo continentur omnes, quos modo diximus. Neque hic quidquam exigimus amplius: simpliciter ita ius est, in rem actionem semper adversus possessorem esse. *L. actionum, D. de obl. & act.* Nihil hic adiicitur de titulo possessionis; ut intelligamus, quocumque titulo quis possideat, sive iuste, sive iniuste, nihil ad rem pertinere, sed ex æquo omnem possessorem rei vindicatione teneri. Aliter petitio hereditatis constituta; quæ datur quidem adversus eosdem possessores rerum hereditariarum; sed ita, si modo possideant pro herede, prove possessore. Adversus eos qui proprio & speciali titulo possideant, minime. *L. 2. C. de her. pet.* Differentiæ rationem in ea actione reddidimus; hæc autem est in summa. Rei vindicatio domino competit. Æquum est domino rem suam restitui, quisquis eam, & quocunque titulo possideat. Nihil enim hic bona fides possessoris, aut pretium ab eo solutum domino potest detrahere. At petitio hereditatis competit solum heredi, nec si quis heres est, idcirco rei hereditariæ est dominus, cum bona fide possessa, & pignori obligata, atque adeo commodata defuncto, vel apud eum deposita sint hereditaria. *L. & non tantum, D. de her. pet.* Contra possessor qui iusto titulo possidet, fieri potest, ut sit dominus: cui rem suam auferri ab eo, qui fortasse dominus non sit, iniquissimum est. Quam ob caussam recte placuit petitionem hereditatis solum dari adversus eum, qui sine caussa possidet: quod genus est, qui pro herede, cum heres non sit, quive pro possessore possidet. Hinc natum est illud, quod de titulo dicitur in *L. cogi, C. de her. pet.* neminem possessorem cogi ab eo qui expetit, dicere titulum possessionis suæ: præterquam in petitione hereditatis, ut sciatur, utrum possessor pro herede, prove possessore possideat. Hoc, inquam, ex superiore illo ductum est, & merito: nam si domino in rem actio competit adversus omnem possessorem, quocunque titulo possideat, supervacuum est domino scire, quo titulo possessor possideat; cum quisquis titulus erit, semper rem suam ablaturus sit possessori. Iniquum est autem quemquam supervacua interrogatione aut responsione onerari, *arg. in L. hæc stipulatio, §. 1. D. ut leg. seu fid. no. cau.*

VIII. Quod tamen dicimus rei vindicationem adversus omnem possessorem, & semper dari, sic accipiendum est, ut ne detur in iis caussis, in quibus diximus hanc actionem domino aut ipso iure non dari, aut exceptione removeri diximus. Nam quæ res faciunt, ut dominus removeatur, eædem etiam tuentur possessorem, ne teneatur.

IX. Sed & in partis petitione hoc evenit, ut si res communis, cuius partem peto, possideatur partim ab eo, cum quo mihi communis res est, partim ab extraneo, & possideatur pro indiviso; non possim eam partem petere ne pro parte quidem ab eo, cum quo communem habeo, sed solum ab extraneo. *L. Pomponius, 8. D. de rei vind.* Quod si possideatur res a duobus extraneis, ab utroque partem partis petere debeo. *L. 1. §. quinimmo, D. si pars her. pet.* Idem est, & si socius & extraneus fundum possideant pro diviso. *d. L. Pomponius, 8. de rei vind.* Cuius differentiæ reddidi rationem titulo superiore. *Si pars hereditatis petatur.* Incidit & hæc quæstio in petitione partis, de qua postea, ubi & hoc idem nonnihil attingetur.

X. Adversus possessorem hanc actionem competere cum lex cavet, non solum hoc dicitur competere adversus eum, qui [13] possideat; sed etiam hoc intelligimus, si quis non possideat, nec quidquam fecerit, quo haberetur pro possessore, hunc rei vindicatione non teneri. Hinc illud Furii: *in rem actionem pati non compellimur, quia licet dicere se* [14] *non possidere. L. ult. D. de rei vindic.* Hinc etiam illa Caii cautio, ut qui petitorio iudicio utitur (est autem petitorium iudicium, quo petitione agitur: & petitio in rem actio est. *L. actio, D. de obl. & act.*

lonus acceperit, sententia domino, nec in proprietate, nec in possessione, præiudicat. Innoc. in *d. Cap. ult.* Wes. in *d. L. 2. n.* 10. Obrecht. *Disput.* 12. *n.* 66.

13) Quando itaque reus non possedit, nec si probavit se dominum actor, sententia declaratoria dominii, sequi potest, vid. *not. C.* 5. *N.* 2. Tametsi Mathesilan. *Singul.* 137. velit, quando actor nescivit reum, non possidere, forte iusta opinione ductus, tunc licet reus, a restitutione rei absolvatur, sequi tamen posse sententiam, qua dominus declaretur. Quod vix iuri conveniens.

14) Unde male Anton. Fab. 20. *Coniect.* 9. *sub fin.* hoc modo eludi iudicium vindicationis posse, invito etiam actore, idque ceu singulare notat, cum in personalibus, reus non liberetur actione, nisi solvere paratus sit. Nam immo in his in rem actionibus potioris conditionis est actor, non deterioris. Neque inficiatio tam nocet adversario, quam auctori suo, reconvento, & magis, quam in personalibus. Quippe hic, si reus debitum neget, actor intentionem suam implere tenetur. Contra, si in lite dominii reus negavit se possidere, ac convictus, citra ullam dominii probationem obtinet petitor; quod alias non obtinuisset, nisi eo probato, videlicet ut rem suam recipiat, translata possessione, *infra n.* 10. *in fin.* ibique *N.* 17.

act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de ver. sign.) ne frustra experiatur, prius [15] requirat, an is cum quo instituit actionem, possessor sit, vel dolo desierit possidere. *L. qui petitorio*, in princ. *D. de rei vind.* Quid ergo, si quis possidebit, & tamen neget se possidere? Hæc domino huius explorandi exprimendique ratio est iure prodita. Vocabit in ius eum, quem possidere existimat. Cum is in ius venerit, interrogabit in iure apud magistratum, an non possideat. Si is fatetur, res confecta est: si tacet, aut obscure [16] respondet, pro possessore habebitur, quod ei noceat. *L. de ætate. §. qui tacuit, §. nihil, D. de inter. in iure fac.* Si aperte negabit se possidere, nempe hoc restat, ut convincatur. Sed si forte ad hoc mendacium temere confugiat, eique fidat, hæc pœna ei ante denuntiatur, fore, ut si convincatur rem possidere, possessio transferatur ad adversarium, licet rem suam esse non probaverit, [17] *d. L. ult. de rei vind.*

XI. Quæsitum est hoc loco, num etiam ad heredes possessoris hoc ius pertineat,

15) Quo pertinebat illa vetus formula: QUANDO TE IN IURE CONSPICIO, POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR. Valer. Prob. *in Notis* Hot. 7. *Obs.* 15. Ræv. *Protribunal. C.* 5. Atque in hunc usum olim interrogatoriæ actiones proditæ, quæ postea exoleverunt *L. 1. §. 1. de interrog. in iure*: sed iudicis officio interrogationes expediuntur, atque in limine iudicii, ad litem præparandam, ne frustra experiatur actor, & respondere cogitur, sive Prætor interroget, sive adversarius, *d. L. 1. §. 1. & L. 2. 3. & 4. pr. L. 9. §. 1. L. 10. & C. eod.* vid. Menoch. *Arbitr. Casu* 51. *n. 8. & n. 9. et seq.* Rain. Cors. 3. *Indag.* 16. Elb. Leonin. 3. *Emend.* 10. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 16. *n.* 25. add. Robert. 4. *Sent.* 18 & confer. Duar. 1. *Disp.* 43. In curiis nostris hasce interrogationes, minus frequentari testatur Wes. *in hoc tit. Cod. n.* 80.

16) Et cogitur quoque respondere, ex qua parte possideat *L. 20. §. 1. d. tit.* spatio deliberandi dato *L. 5. eod.* Ac responsio ambigua intelligitur, secundum intentionem actoris: vid. Io. Meichsn. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 8. *n.* 29. Coler. *Cons.* 44. *n.* 39. *& seq.* Olim si tacebat, Prætor vindicias secundum petitorem dabat, eique addicebat rem, tamquam, ex cessione in iure facta sic: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, ILLUM FUNDUM PRÆSENTI ET VINDICANTI ADDICO. Valer. Prob. *in Notis*.

17) Facit *Nov.* 18. *Cap.* 10. Atque hæc pœna inficiationis, ac mendacii ut negans rei negatæ commodo privetur. Cui ut in proposito locus sit, requiruntur: (1) Ut dolo neget, vel lata culpa, si nempe sciverit se possidere, non si per servum vel alium possidens, iustam habuerit ignorantiam. Gutierr. *in Repet. Auth. Sacram. puberum n.* 61. Afflict. *Dec.* 18. *ibique* Cæs. Ursill. *n.* 1. Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 102. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 14. *n.* 8. Qui dolus, & scientia hic præsumitur, Wurmser *in Miscell. Obs.* 10. Indeque in minore, quia non tenetur, ex dolo præsumpto, locum huic iuri non esse, vult Ursill. *d. lo. n.* 3. Sane rusticum non excusari inde ignorantiam prætendentem, quod rem alteri locatam, ipse se possidere nescierit, iudicatum refert Io. Petr. Surd. *Decis.* 237. (2) Ut directo, seu specialiter neget. Secus, si ita respondeat: Nego narrata, prout narrantur, quia videtur negare, quod est substantia libelli, non eius circumstantias. Unde cautelam tradunt, ut reus non neget, se possidere, sed narrata in libello. Marsil. *Sing.* 242. *n.* 5. Sneidv. *in §. 1. I. de act. n.* 92. Itaque uso invaluisse scribit Bargal. *d. C.* 14. *n.* 10. Et convenit Hering. *de Fideiuss. C.* 27. *P.* 1. *n.* 220. *& seqq.* Sed hæc cavillatio potius, & vafra elusio, ac circumventio iuris videtur, quam cautio iure prodita, quo immo interrogatus clare respondere tenetur *L. 20. §. 1. de interr. in iur. fac.* Cui si quis locus esset, non tamen, nisi ubi actor interrogatione non usus. (3) Ut in eo persistat. Revocari enim volunt posse, re integra, antequam de mendacio convincatur. Gutierrez. *d. loc. n.* 69. ante litem contestatam Bargal. *d. loc. n.* 9. *& n.* 12. & facit arg. *L. 25. in fin. hoc t.* & quis actori antea, non tam obfuit, nec eum probationi adstringat. Bargal. *d. n.* 12. (4) Ut actor petat hoc beneficium, & ut sibi adiudicetur possessio, non si ad probandam intentionem suam admitti velit Bargal. *d. n.* 12. Recte. Eo ipso enim, quod dominum se declarari petit, docere de iure suo paratus, possessionem tantisper adversario relinquat oportet, cum possessione ad se translata, probationem eam expedire, atque partibus actoris fungi nequeat *§. 2. I. de act. ut C. seq. n.* 5. Denique (5) ut convincat ipse adversarium, quod possederit tempore, quo negavit. Aliud, si aliunde id constet sine onere actoris, quia dispositioni huic iunctim caussam dedere, & odium mentientis, & onus probandi petitoris, ita Sneidvin. *in d. §. 1. n.* 91. Bargal. *d. loc. n.* 11. *& n.* 27. Qui in hoc fidem mihi non facit. Fides enim ubi fit rei in iudicio, quid refert quomodo fiat: ægre, an facile veritas eruatur, aut qui minus coercenda, improbior certe mentiendi impudentia, quo convicta facilior. Plane ut convincatur, in præsenti possidere oportet *d. L. ult. h. t. L. 24. §. ult. de iud.* veluti, quod naturaliter rei insistat, fructus colligat, agrum colat, &c. Nec accedere possum Wesenb. *in h. t. C. n.* 51. ac Sneidv. *in d. §. 1. n.* 97. putantibus satis esse, si probetur, rem quandoque a reo possessam fuisse. Inde enim præsumi, etiam nunc possidere *L. 16. C. de prob.* aut dolo amisisse, donec contra probet *L. 17. de exc. rei iud.* Nam si non utique ex præterita possessione præsens colligitur, ubi de commodis possessionis agitur, ut fuse Menoch. 6. *Pres.* 64. minus, ubi damnum vertitur. Et qui, quæso translatio fit, nisi constituto de præsenti possessione: Enimvero expeditiori medio actori hic consuli potest, si recte post Ang. & Ias in *d. L. ult.* Sneidvin. *in §. 1. I. de act. n* 90. Io. Petr. Surd. *Decis.* 237. *n.* 1. Mudæ *in d. §. 1.* vers. *aut cum eo agi n.* 12. ut simul, atque reus negaverit se possidere, petat actor se mitti in possessionem rei, quæ non defenditur, tanquam quæ vacet. Quod ita quidam admittunt, ut tamen per hoc non consequatur possessionem irrevocabilem, Alb. Galeot. *Margarita aurea Cap.* 14. *n.* 17. Trahitur & dispositio *d. L. ult.* ad eos, qui alieno nomine prætendentes, proprio convicti, &c. ut *supra N.* 11. itemque ad Emphyteutas, & similes, ut si negaverint ius domini superioris, suo cadant, Marsil. *Singul.* 242. *n.* 2. *&* 3. Nam & hinc feudum committitur 2. *Feud* 26. §. 3. Pluribus de hac inficiationis pœna Affli. *Dec.* 18. ibique Cæs. Ursill. ut & Prosper Caravita & Hiero. de Martino remissive multis citatis. Guido Papæ *Consil.* 3. Cacheran. *Decis.* 29. *n.* 2. *&* 3. *Tassaur. Decis.* 50. Anton. Fab. *Codic. suo hoc titul. Defin.* 7. Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 14. Confer. Hering. *de Fideiuss. C.* 27. *Parte* 1. *n.* 210. *& seqq.* Transfertur autem possessio per iudicem *d. L. ult.* id est Prætorem, ut exponit, post Baronem *Lib. Var. QQ. de Iurisd. f.* 44. Scip. Gentill. *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 15. salvo proprietatis iure, Afflict. *d. Decis.* 18. *n.* 2. Nam is, a quo translata est, rem vindicare potest ab adversario, versa vice, ex reo actor effectus Bargal. *d. C.* 14. *n.* 28. Sneidvin. *in d. §. 1. n.* 95. non autem exceptione domini obiecta, translationem possessionis impedire, Menoch. *Adip. poss. Remed.* 1. *n.* 124. nec si, in continenti probare velit, Sneidvin. *in d. §. 1. n.* 90 Ex his omnibus apparet, etsi hic duo extrema, ut *supra N.* 2. semper tamen alterutrius probandi onus declinari posse. Nam si reus fatetur, se possidere, nil nisi dominium probandum. Sin neget, probata solum possessione rei, commodum possessionis ex translata, ipse actor nanciscitur. Hoc interest, quod posteriore casu, nulla sententia de principali lite dominii, neque inde exceptio rei iudicatæ nascitur, quæ adversarium, si ipse vindicet, repellat. Ideoque, si principalem una quæstionem terminari velit petitor, sententiamque, qua dominus declaretur, fieri desideret, si forte probationes dominii expeditas habeat, remedio *d. L. ult.* relicto, in lite procedat oportet. Cæteroquin, possessionem ipse adeptus, non habebit amplius vindicationem, qua neget, rem adversarii esse, ut *Cap. seq. N.* 5. etsi illo vindicante, contra ipse vindicare, ac fiducia sui iuris, probationem ipse suscipere queat.

neat, ut si non possident, non teneantur: an potius in rem actio non solum detur adversus possessorem, sed etiam adversus possessoris heredes. Quæstio aliquot fragmentis divisa sub hoc titulo D. & decisa paulo obscurius; quo magis ea expendenda est. Quæstionem movit exemplum actionum in personam. Hæ si pœnales ex maleficio non sint, non solum adversus debitorem competunt, sed etiam mortuo debitore adversus heredes §. 1. *Instit. de perp. & tem. act.* Quidni igitur idem putamus servandum in actione in rem? Et de utroque genere hoc in universum præcipiendum & tenendum est, actionem in personam quæ pœnalis ex maleficio non sit, in heredes debitoris dari; actionem autem in rem, solam per se adversus possessoris heredes tanquam heredes, nunquam. Id cognita utriusque actionis natura, de qua initio diximus, cognita item conditione & persona heredis, nullo negotio ita esse intelligemus. Actio in personam est adversus eum, qui nobis obligatus est, eaque unam hanc obligati personam sequitur; unde & in personam *d. L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Instit. de act.* At heres etiam in obligationem defuncti, quæ non sit pœnalis ex maleficio, succedit. §. *ult. Inst. de loc & cond.* Idque est, quod aliis verbis traditur, hereditatem obligare nos æri alieno. *L. more, D. de acq. her.* Necesse est igitur & heredem obligatum eadem actione teneri. Contraria definitio actionis in rem. Hæc rem sequitur, & propter rem eius rei possessorem. *L. 2. C. si unus ex plur. her.* Cui consequens est, ut si heres possidet idem, quod defunctus, teneatur quidem: at non tanquam heres, sed tanquam possessor: si non possidet, non teneatur, etsi maxime sit possessoris heres: posteaquam hæc actio, non personam unam certam sequitur, sed rem; qua remota, etiam in rem actio tollitur.

XII. Exstat tamen hac de re distinctio sub *tit. D. de rei vind* quæ in speciem videri potest ex parte repugnare. Ideo cuiusmodi sit, videamus. Omni ex parte consentientem reperiemus; sed talem, quæ definitionem supra a me positam explanet. Distinctio igitur hæc est. Cum quæritur, utrum in rem actio detur adversus heredem possessoris, interest, utrum possessor decesserit ante iudicium acceptum, idest, priusquam cum eo in rem actum esset, & lis cum eo contestata, an vero post iudicium de ea re acceptum.

XIII. Si ante decessit, lex superior per omnia hic servatur in herede. Si heres possidet itidem, ut defunctus, tenebitur, non quia heres, sed quia possessor. Si non possidet, non tenebitur, quanvis defunctus mala fide possessum dolo malo possidere desierat. Et si ex pluribus heredibus unus tantum possidebit, hic tenebitur solus, cæteri non tenebuntur: hoc in *L. cum autem, 52. L. si possessor, 53. D. de rei vind.* Sane si possessor malæ fidei possessor fuit, & fructus percepit ex re possessa; quatenus ex ea re [18] heredes locupletiores facti erunt, eatenus eos teneri placet, ut quo locupletiores sunt, restituant: sed tenentur actione in factum, non in rem actione. *d. L. cum autem, 52. eod.* Qualis ergo est hæc actio in factum? Non in rem ne utilis quidem; sed in personam, nata ex maleficio defuncti, prodita iis constitutionibus, quibus placuit iniusta lucra extorqueri malæ fidei possessorum heredibus, ne alieno scelere ditentur, quæ commemorantur in *L. in heredem, D. de dol. L. quod diximus §. ult. D. quod metus caus. L. unica, C. ex dol. def. in quant. her. tene.*

XIV. Quod si post iudicium acceptum decessit possessor, idem iudicium in heredem datur, si is possideat: quo casu dolus quoque & culpa eius in iudicium venit: sed hoc totum, non tam quia heres est, quam quia possessor eiusdem rei, cuius & defunctus: & hæc sententia est *L. si in rem, 51. D. de rei vind.* Sed etsi heres non possideat, tamen iudicium idem in eum transfertur, quo tenetur ex persona defuncti, damnaturque eodem modo, quo ille damnaretur, si viveret: de quo exstat definitio Pauli in *L. si in rem, 42. D. eod.* in hæc verba: *Si in rem actum sit, quanvis heres possessoris, si non possideat, absolvetur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, in condemnationem veniet.* Significat igitur heredem etsi non possideat, tamen lite cum defuncto [19] contestata teneri eadem actione ex persona defuncti, quanvis ipse non possideat: nam si possideret, teneretur ex persona sua, non defuncti. Et hoc dummodo aliquid commissum sit ex persona defuncti, ut Paulus loquitur: quod sic interpretandum est, dummodo aliquid commissum sit a defuncto, quamobrem ipse damna-

18) Et si quid, ad primum heredem pervenit, tenetur quoque heres heredis, utut ad hunc nihil pervenerit, *L. 17. Quod met. ca.* Vasq. 2. *ill. Contr.* 96. *n.* 27. Virgil. Pingitzer. *ill. Q.* 49. *n.* 10.

19) Vasq. 3. *ill. Contr.* 95. *n.* 25. ubi *n.* 26. idem esse, si per defunctum steterit, quo minus lis contestaretur *L. 10. §. ult.* vers. *ult. si quis caut.*

damnari deberet, quanvis non possideret, ut sic videlicet inciperet heres esse in eadem caussa, & eamdem damnationem subire. Quod accidit, si iam ante litem contestatam desiisset defunctus dolo possidere; aut si bona fide possidens, cum conveniretur, temere ad iudicium provocavit, & res petita deinde periit, aut caussam quidem habuit, cur ad iudicium provocaret, sed res postea periit dolo malo eius, aut culpa: qui casus indicantur in *L. illud, D. de her. petit.* Ex his, inquam, omnibus caussis etiam in heredem iudicium transfertur, quanvis ipse non possideat, & quod defunctum praestare oporteret, si viveret, idem & adversus heredem veniet in condemnationem. Sed videtur Paulus hic pugnantia secum scribere. Prius enim dixerat, heredem si non possideat, absolvi; quem nunc ex persona defuncti etiam non possidentem damnari ait. Sed hæc sic accipienda sunt, ut heres si non possideat, absolvatur ex persona sua; qui tamen etiam non possidens damnari debeat ex persona defuncti. Ergo saltem hoc casu rei vindicatio in heredem datur. Neque enim damnaretur eodem iudicio heres, nisi prius translata adversus eum actione. Id autem videmur negasse. Minimè vero negavimus. Transfertur in proposito rei vindicatio adversus heredem quanvis non possidentem; sed non ipsa per se, verum alia actio in personam, & ea principaliter, quæ translata simul quoque secum trahit actionem in rem per consequentiam. Meminisse enim oportet eius, quod in contractibus suo loco diximus, cum iudicio agitur adversus aliquem, eo iudicio accipiendo & ea litis contestatione contrahi a reo obligationem iudicati: dum scilicet reus iudicium accipiendo hoc promittere intelligitur actori, si res adversus se iudicata sit, se iudicatum soluturum: idque ita traditur in *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul* Ex hac obligatione oritur quoque actio iudicati: quæ ut ex contractu nata, in personam est. Hæc vero tum obligatio tum actio ex ipsa est proprie, quæ transfertur in heredem, ut reliquæ omnes in personam, quæ sunt ex contractu. Sed translata facit, ut actio quoque in rem, quæ in iudicium deducta erat, una cum iudicio ipso adversus heredem transferatur. Obligatio enim iudicati, quæ heredem obstringit, hoc continet, ut heres in iudicio cœpto perseveret, huius eventum suscipiat, & quod iudicatum erit, id præstet. Cui obligationi cum heres paret, perspicuum est eam obligationem ab herede susceptam una secum adiunctam trahere in rem actionem.



CAP.

C A P. IV.

Qua de re actio in rem competat.

Transitio & summa rerum. I.
Rei vindicatio competit de re corporali mobili, seu soli: non de re incorporali, ut servitutibus. II.
Vindicationis a petitione servitutis differentia duplex & quæ. III. IV. V.
Competit autem de corporali re, & nostra, & simpliciter tali, non cum adiuncto. VI.
Ideo ad hanc actionem non pertinent loca sacra, religiosa. VII.
Nec iterum liberi nostri: pro his in potestatem revocandis actiones tamen proditæ quatuor; & quæ illæ. VIII. IX.
Competit de re corporali nostra, & una: quæ huiusmodi. X.
Possunt etiam vindicari res plures uno iudicio, si designatæ nominatim, non collectivo verbo comprehensæ. XI.
Res corporalis in vindicatione quid significet, & quid contineat. XII.
Gregem tamquam unum corpus vindicari: quæ alia huic definitioni affinia. XIII.
Cur non autem peculium: quæ gregis & peculii dissimilitudo. XIV.
Vindicatio item competit de re certa; talis efficitur, si suo nomine, vel alio modo designatur. Designatio multiplex, & qualis. XV. XVI.
Si designandæ rei nomen ignoretur, adhibenda rei demonstratio quæ nominis vice fungatur. XVII.
Nihil interest ut in nomine peccetur, si de personæ aut rei corpore conveniat: quæ nominum hic habenda distinctio. XVIII.
Si rei nomen expresserit ambigue petitor, nec illico declaret; nulla possessoris fieri poterit condemnatio. XIX.
An & quomodo fiat ut ambiguam intentionem petitor declarare non possit. XX.
Vindicatio ut de tota re nostra, sic de certa huius parte competit: pars certa qualis. XXI.
Incertæ partis vindicatio conceditur ex iusta ignorantia. Quid hæc, & unde talis. XXII.
Pars incerta, res e. c. communis si pro indiviso possideatur a duobus extraneis, petitur ab utroque; si a socio atque extraneo, petitur ab hoc uno dumtaxat. XXIII.
Sed ab utroque petenda, si a socio & extraneo res pro diviso possideatur. XXIV.

I. DE personis inter quas in rem actio constituta est, satis; sive eum quærimus cui, sive eum, adversus quem competat: quorum etiam in utroque quid actori ad rectam institutionem spectandum & servandum esset, diximus. Postquam sic est actio omnis, ut quemadmodum est inter aliquos, ita sit de re aliqua, de qua inter eos agitur: §. 1. *Inst. de act.* personis cognitis videamus, quod est proximum, qua de re hæc actio competat, & quid hic quoque actori servandum sit ad actionem recte instituendam. Et iam ab initio qua de re hæc actio competat, definitione complexi sumus. Sed breviter, ut postulabat natura definitionis. Nunc id agendum est, ut id totum nobis plenius explicetur, videamusque, quid hac parte ad rectam institutionem contineatur. Summa autem hæc est. Competit in rem actio, seu rei vindicatio de re corporali nostra, & ea una aliqua & certa, sive tota petatur, sive pars; quam & ipsam certam peti oportet, nisi si qua necessitas incertæ partis petitionem admittat. Hæc ordine expendenda sunt.

II. Competit in rem actio de re corporali, sive ea mobilis est, sive solo continetur. *L.* 1. in pr. *D. de rei vind.* Ea re admonemur, non competere hanc actionem de servitutibus, quæ res incorporales sunt.

III. Sed quid attinet hoc moneri, dixerit aliquis, cum nihilominus de servitutibus, & his solum nostris itidem sit in rem actio? An non inter res corporales aliæ sunt mobiles, aliæ res fundi, ambæ inter se longe dissimiles? De omnibus tamen una & eadem actio in rem competit. *d. L.* 1. Quid igitur prohibet, etsi servitus alia res est, quam corporalis, tamen cum ea tanquam res nostra petitur, de ea unam & eamdem esse in rem actionem? Et eo pertinet moneri, ut sciamus harum rerum maxime distinctas esse actiones; non dico rebus, quarum diversitas actio-

actionem non mutat; sed genere ipso & conditione actionis. Itaque huius loci est, ut paucis norimus, quid tantum inter harum rerum actiones intersit, ut eas rebus ipsis iam ab initio distingui oporteat. Et inter actiones harum rerum differentiæ insignes sunt duæ.

IV. Una est hæc: quod in rebus corporalibus domino de re sua una est actio prodita confessoria, id est, ea per quam fateatur, & intendat rem suam esse; nulla negatoria, id est, nulla, per quam neget rem esse possessoris, cum quo agitur. In servitutibus contra de his utraque actio constituta; confessoria servitutem vindicanti, & negatoria servitutem se debere neganti, *§. æque*, illic, *quod genus actionis, Instit. de act. L. 2. D. si serv. vind.* Cur hæc tam varie? Non sane quod non perpetuum ius sit tam in servitutibus, quam in rebus corporalibus, nulli competere posse actionem in rem de re sua, nisi ei qui rem quam petit, suam esse dicat, & probet: sic enim est civilis omnis actio in rem, ut per eam rem nostram petamus. *L. actionum, D. de oblig. & act.* sed quia in utroque genere rerum non idem negatio actoris efficit. In controversia rerum corporalium qui negat rem aliquam corporalem esse possessoris, non ideo vincit suam esse: potest enim nec possessoris esse, nec petitoris. *L. si inter, D. de exc. rei iud.* Quæ res facit, ut nulli rem corporalem suam petenti utilis esse possit ad eam petitionem actio negatoria. In servitutibus contra qui negat se vicino servitutem debere, verbis unam rem negans, vi ipsa aliam suam esse affirmat, quam idcirco ex lege omnium in rem actionum communi recte vindicat. Ea autem est libertas, quam quisque negata & amota servitute rei suæ asserit. Iure igitur fit, ut ad hanc libertatem asserendam sit in rem actio per infitiationem servitutis, a qua negatione actio dicitur negatoria. Ita dum servitus negatur, quod fit ab initio, negatoria dicitur hæc actio. Dum autem negatio huc spectat, ut per hanc asseratur rei sua libertas, vere & effectu est actio confessoria.

V. Altera differentia est, quod in rem actio de re corporali nunquam ultro possessori [1] datur. *L. 1. §. penult. D. uti possid. §. æque*, circa fin. *Instit. de act.* Con-

1) Scilicet si & naturaliter rem teneat. Quin enim civiliter possidenti detur, contra possessionem corporalem habentem, non ambigitur, Oldend. *Clas. 3 Act. 2. pag.* 303. Wes. *in Rub. C. h. t. n. 9. & in Supplem ad Sneidwin. in §. possidere I. de inter. n.* 88. Bronch. 1. *Ass.* 75 Ita enim datur, contra eum, qui rem commodatario a domino accepit *L. 9. C. h. t* vid. *supra Cap.* 3. *n.* 6. etsi is possessionem retinuerit *L.* 8. *Commod.* Hotom. *in d.* §. 2. Nec anus, inquit, ulla tam excors, quæ de hoc (quod possidenti non detur in rem actio) dubitet. Inde *d.* §. 2. emendat, pro *possidet*, *non possidet*, & pro *actoris*, reponens, *alterius*. Atque ita legens: Et, qui non possidet, non est actio, per quam neget rem alterius esse. Notatus a Charond. 3. *Verisim.* 21. Bis peccat Hotom. (1) dum negat, dubio vacare, vulgatam lectionem affirmat (2) quod aliam longe minus dubiam substituit. Ratio enim communis, vel rustico, & puero dictat, non sequi: Res tua non est: Ergo mihi eam restitui par est. Ast vulgatæ lectionis sententiæ iusta dubitandi caussa ex *L.* 12. §. 1. *de acq. poss.* Quæ ipsa, non anus vecordes, sed interpretes haud gregarios movit, ut statuerent, etsi possidenti non sit actio ad id, ut adversarius ad restitutionem condemnetur: dari tamen eam, si simpliciter petat, se dominum declarari, arg. *L.* 1. *C. de Carb.* *td.* Guido. Papæ Q. 219. n. 2. Bellon. 1. *Supput.* 19. Tiraq. *Tr.* le mort saisit le vif, *P.* 6. *Declarat.* 2. *n.* 9. Menoch. *Retin. possess. Remed.* 3. *n.* 53. Confer. *idem Adip. poss. Rem.* 4. n. 349. *& seqq.* Quorum opinio, etsi merito reprobanda sit *d.* §. 2. e diametro opposita, cum nec hic verus haberi possit adversarius, & per ea, quæ Hartm. Pist *Lib.* 4. Q. 18. *n.* 6. *&* 7. alio tamen remedio in foro uti consultum erit, quo idem pene efficitur. Traditur enim hæc cautio, ut curet se ab aliquo diffamari, & veluti turbari in sua possessione, eaque occasione iudicium generale contra quoscunque prætendentes ius in re fundet. Qua de re, consule Blarer. in *L. diffamari C.* 6. *n.* 72. *& seqq. & Cap.* 12. *ac ult.* n. 6. Contard. *in eand. L. C.* 3. *n.* 118. Quod num mero iure tueri possint, ipsi viderint. Novi enim, quantum in universum, vulgarem istius legis diffamari usum, qui hodie in foro creberrimus, haud frivolis argumentis impugnaverint Fr. Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 2. & Ant. Fab. 51. *Err. Prag.* 1. 2. 3. Tanquam, quo natura & ordo iudiciorum invertatur, expedita ratione incautos calumniose aggrediendi. Quod tamen remedium, everriculum omnium mendaciorum vocat Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 17. *n.* 2. Et Oldend. in *d. L. diffamari initio* id huic corrupto seculo apprime convenire, ipsique decalogo modis omnibus respondere censet. Ac sane, si intra suos cancellos, hic usus cohibeatur, forsan non nimiopere damnandus. Qui si iuri scripto, non convenit; At longa tamen consuetudo, per annos plurimos, ubique observata, ius non scriptum effecit. Quo de remedio, si doctrinam expetis, adi præter Cagnol. Contard. & Blarer. *in eand. L. cum* Gaill. 1. *Obs.* 9. *&* 3. *seqq.* Mynf 3. *Obs.* 78. *&* 86. 5. *Obs.* 81. *&* 6. *Observ* 90. Meland *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 457. *& seqq* Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. causs. civ. crim. & haret.* C 34 *n.* 32. *& seqq. & C.* 97. *n.* 4. *& seqq.* Trentac. 1. *Pract. Resol. Tit. de Diffamation. Resol.* 1. Wes. *Cons.* 6 *n.* 212. *& seqq. & Cons.* 96. Cachern. *Decis.* 151. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Camer.* 5. Hartm. Pist. *Lib.* 4. Q. 5. Plane, si quod superius ea Blarero retuli, obtineret: benignius tamen foret, ne noceat id iudicium generale postea vindicanti, si iuste impeditus, quo minus, termino præstituto, ius suum deduceret, præsertim, si de eo, tunc ipsi nondum constabat, per ea quæ Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 84. *n.* 17. Enimvero, sæpe possessione lis petitorium iudicium præcedit. Eaque caussa prius dirimenda cum contenditur, uter possideat *L.* 1. § 3. *uti possid. L. ordinarii* 13. *C. h t.* vid. Covar. *Pract.* QQ *Cap.* 17. Gail. 1. *Obs.* 5. Unde disceptatio, num interdictum retinendæ cum rei vindicatione, eodem libello, proponi queat? Quod negat Don. noster ad *L* 3. *C. de interd.* vid. Tavard. ad *L.* 3. *C. de interd. n.* 16. *& seqq* Menoch. *Retin poss Remed.* 3. n. 510. *& seqq* Hart. Pist. *Lib.* 4. Q. 18. Obrecht. *Disp de Rei vind. P.* 2 *ad d. L.* 13. *C. h. t.* Wes. *Cons.* 21. *n.* 23. *& n.* 29. *&c.* Controversia autem proprietatis præcedit litem possessionis *d. L.* 1. § 3. Eiusque initium esse potest a possidente. Qui tamen non ideo actor, in principali iudicio petitorio, *d.* §. 3. Etsi ei non obstitit possessio, quo minus auctor esset controversiæ, ac litis de proprietate, dum contendit se possidere. Nec fere alia ratio veteris litis vindiciarum, quam plerique possessorio summariissimo comparant, vid. Menoch, 3. *Retin. poss. n.* 8. *& seqq. & n.* 814. *& seq. & Prælud. Recup. n.* 31. Cuiac. 2. *Obs.* 35. *&c.* Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partibus fungitur. Dicitur *d* §. 2 Quibus in verbis interpretes mire, & misere torquent. Et Gisan. *ibid* totam clausulam spuriam censet. Alii vero vocula *non* inserta, *non uno casu*, legunt,

Don.

Contra actio in rem de servitute tam ei datur, qui possidet, quam qui non possidet: ut nihil prohibeat in hoc genere eumdem servitutis petitorem esse & possessorem. *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *D. si ser. vind.* Quae differentia ex [2] conditione possessionis istarum rerum nascitur. Rem qui vere possidet, & habet apud se, hanc haud dubie non potest actione in rem petere: non solum quia sufficere ei debet, quod possidet, ut est in *d. L.* 1. §. *penul. uti possid.* sed etiam si quis se dicat rem possidere, & nihilominus eam petat, aperte se sua ipsius intentione excludit. Dicetur enim ei: Tu petis rem ab adversario, tanquam qui teneat, & habeat restituendi facultatem; at ille non habet, tu tenes. Petis, ut tibi restituatur: at habes, & res penes te est, & hoc ipsum te tenere contendis. Quapropter neque utilitas possessoris, neque natura rei patitur, ut possessori rei detur vindicatio, quamdiu rem tenebit, & apud eum erit rei possessio. Hæc possessio in rebus corporalibus cum sit penes eum, qui rem tenet, & quamdiu ita tenet, certa sit illi hæc possessio, nec sit in adversarii potestate: eo fit, ut in hoc genere rerum nunquam possessori detur in rem actio. In servitutibus si de eo qui est in possessione servitutis, idem dicere liceret, sine dubio & de actione in rem illi non danda idem statueremus. Sed ita est ista servitutis possessio, ut natura magis pro possessione non habeatur. Nam qui servitutem possidet, in alieno possidet, estque hæc omnis possessio in potestate eius, qui servitutem debet, non eius cuius est servitus. Ut puta, tignum immissum habeo in parietem tuum iure servitutis. Per caussam tigni possideo habendi consuetudinem, ut est in *L. servitutes*, 20. *D. de servitut. urbanor. prædior.* habeor denique pro possessore servitutis, & tanquam possessor huius ipsius partes in iudicio de

servitute sustineo. *L. sicut*, §. *sed si quaeritur*, *si ser. vind.* Sed hæc omnis possessio, ut & servitus ipsa, est in tuo: quam ob caussam & in tua potestate est, quoties voles hanc possessionem mihi adimere sublato pariete tuo, aut tigno præciso. Non mirum, si hæc possessio non habeatur idonea ad servitutem habendam possessori, eoque nec quidquam obstet servitutem habenti, quominus servitutem recte ultro vindicet, ut eam in tempore retineat, & tamen iure tanquam possessor fruatur commodo suæ cuiusque possessionis.

VI. Competit in rem actio de re corporali nostra: ut intelligamus, quod monuimus initio, si quæ res corporalis nostra non sit, etsi maxime ad ius nostrum pertineat, ut bona fide possessa, item pignori obligata, eam alia actione in rem peti posse, hac actione non posse. Rem nostram hic dicimus, non quæ quovis modo nostra dicitur; sed quæ proprie nostra est, id est, dominii nostri. Sic enim est hæc actio iure civili, si quis dominium suum vindicet, ut est in §. *namque*, *Inst. de act.* & ut ante diximus competit ei solum, qui iure gentium aut iure civili dominium acquisivit. *L. in rem*, in pr. *D. de rei vind.* Proinde si qua res nostra dicitur usu loquendi communi non simpliciter sed cum adiuncto, si ea dominii nostri non est, nec ea quidem peti potest hac actione.

VII. Huiusmodi res sunt [3] loca sacra, religiosa, liberi nostri quos in potestate habemus. Sacra Romani etiam privata habuerunt, quæ privatim quisque sua, & domestica appellabat. Fuerunt & singulis sepulcra privata & familiaria, quæ item sua appellabant. Et nunc et'amploræque familiæ in locis publicis humationi destinatis sepulcra privata & tanquam familiæ propria habent. Placet tamen nihil horum hac actione peti potuisse aut nunc posse

Don. noster ad *d.* §. 2. *n.* 35. Duar. ad *L.* 15. *de op. no. nunc.* Charond. 4. *Verisim.* 2. Pac. 7. *Enant.* Q. 15. A. Fab. 20. *Coniect.* 15. Ant. Matthæ. *in not. d.* §. 2. Alii *hoc casu*, scilicet actionibus negatoriis, Baro. *ibid.* & Cuiac. *in not. ac Comm. postum.* Vital. 2. *Var. Lect.* 12. *n.* 2. Neutram lectionem ut probem, manuscripti libri efficiunt, in quorum pluribus diversis in Bibliothecis publicis vulgarem lectionem reperi. Ut & in duobus Clariss. Obrechti, Argentinæ: *in uno casu* cum tertius eiusdem haberet *uno quoque casu*. Hinc in exquirendo illo alii valde insudarunt. Variantesque expositiones sunt Cuiacii 9. *ad Afric. in L.* 15. *de op. no. nunc.* (secum, ut sæpe alias, non convenientis.) Rob. 1. *Rec. Lect.* 18. Cont. 1. *Subsec. Lect.* 1 Govean. 1. *Var. Lect.* 41. Vult. Ussil Mudæ. & Hortens. *ad d.* §. 2. Fachin. 10. *Contr.* 85. Marc. Lycklama 3. *Membranar.* 10. Fopp. ab Æzema 2. *Differt.* 1. Quas exponere, & expendere nimis longum foret. Aliqua differo, & præsens in tempus omitto.

2) Recte: Adde & huc transfer, *supra Lib.* 10. *C.* 12. *N.* 2.

3) Atqui res sacræ vindicari dicuntur *L.* 21. *C. de SS. Eccles.* Male Pac. 3. *Enant.* Q. 42. non vindicari quasi nostras *d.* §. 1. vindicari ratione qualis qualis iuris actori competentis, ac fere Coras. *in L.* 12. §. 1. *de ac. poss. P.* 2. *n.* 32. Melius Wes. *ad h. t. C. n.* 26. non suo nomine eas vindicare Episcopos *d. L.* 21. sed Ecclesiæ, in cuius quasi quodam patrimonio existunt. *Novell.* 120. Ast rectius dicemus voculam *vindicari*, non persecutionem iudicialem illic denotare, sed exemptionem quanvis, ac liberationem ab humanis nexibus, quibus hæ res non iure quidem, sed hominum abusu (seu de facto, ut vulgo) illigatæ; magistratus forsan ope, ast citra iudicii solemnia. Quia & veteres *vindicare*, pro auferre eximere usurparunt. Taubman. *in Plaut. Trinummo Act.* 3. *Sc.* 2. Nam quod in ead. *L. vers. seq.* exactio datur per diversas *actiones* id ita: si res sacræ formam suam mutatæ, in aliam speciem transierunt.

ab iis, ad quos ea pertinent. *d. L. in rem*, §. 1. *eod.* Non alia de caussa, quam quod dominii nostri non sunt; quod nunc quaerimus. Sunt enim hae res divini iuris; quas constat in bonis non esse. *L. 1. D. de rerum, divis.* Cur ergo haec nostra dicimus? Dicuntur haec nostra non simpliciter, sed cum adiuncto, cum ita loquimur, ut dicamus sacra nostra, sepulcra nostra: qua adiectione significatur, hactenus haec nostra esse, quatenus sacra & religiosa nostra esse possunt. Sic autem nostra esse possunt, ut his uti possimus soli ad usus sacros & religiosos, ad quos illa parata habentur. Quam ad rem etiam suae sunt actiones, de quibus in hoc genere rerum diximus. Quae religiosis adhaerent, & ipsa religiosa sunt, ut tigna sepulcro iuncta, quae ne remota quidem religiosa esse desinunt. Ideo nec remota vindicari possunt. *L. quae religiosis, D. de rei vind.* Et hoc propter, religionem. Alioqui in privatis aedificiis tignum aedibus iunctum quandiu quidem cohaeret, einsdem domini est, cuius & aedificium: diruto autem aedificio tignum ad veterem dominum redit: de quo diximus suo loco. *L. adeo*, §. *cum in suo*, *D. de acquir. rer. dom. L. in rem*, §. *ult. D. de rei vindic.* In his tamen quae aliena sepulcro iuncta sunt, sic de his consulitur domino, ut detur ei in factum actio extra ordinem adversus eum qui iuncta habet, ut iunctorum aestimationem restituere cogatur. *d. L. quae religiosis*. Quod sic accipiendum est, si modo is sit, cum quo agitur, qui mala fide non iunxerit. Nam qui iunxit mala fide, is dolo possidere desiit: quo modo qui desiit possidere, is ordinaria actione in rem tenetur, ut diximus. Est autem ista in factum actio illa, cuius meminit idem Paulus in *L. in rem*, §. *item quaecumque*, *D. de rei vind.*

VIII. In eadem caussa sunt liberi nostri, etiamsi maxime in potestate nostra sint. Potestas quidem patria haud multum distat iure vetere Romano a dominio servorum. Nam ut dominis in servos ius vitae & necis fuit, quod postea ab Imperatoribus mitigatum est §. *ultim. Inst. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Ita & patri in liberos, quos in potestate habuit. *L. in suis*, in fin. *D. de liber. & posthum. L. ultim. C. de patr. potesta.* Sed tamen inter conditionem servorum & liberorum nostrorum semper hoc interfuit, quod servi sunt in dominio nostro: liberi autem nostri quia homines liberi sunt, nullius sunt in bonis. *L. inter*, §. *sacram*, *D. de verbor. obligat.* Etsi igitur hos liberos, nostros dicimus, & propemodum ita nostros, ut servos nostros dicere solemus; tamen quia dominii nostri non sunt, hac actione non magis peti possunt, quam res superiores: hoc Ulpianus in *L. 1. §. 4 1. D. de rei vindicat.*

IX. Sed quia eos a nobis peti saepe expedit, ut retrahantur ad ius & potestatem nostram, utile fuit etiam in eam rem actiones constitui. Et sunt constitutae quatuor: de quibus ideo per occasionem ibidem subiicit Ulpianus. Petuntur igitur, inquit, liberi qui sunt in potestate, aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria, aut adeo hac ipsa actione in rem, sed adiecta caussa ex iure Romano, seu ex iure Quiritium. Praeiudicia 5 intelligit actiones praeiudiciales; quibus locus est adversus filium ipsum, qui se filium negat, quem pater filium suum esse contendit, utpote natum ex uxore sua, & iustis nuptiis. Hunc enim filium definimus. *L. filium. D. de his qui sunt sui vel alieni iur.* De hoc genere scripsi ad § *praeiudiciales*, *Instit. de act.* Interdictis petuntur liberi, qui sunt in potestate nostra, duobus: uno, quod est de liberis exhibendis; altero, quod est de exhibitis ducendis: quibus locus est, cum liberi nostri ab aliquo detinentur: & eo spectant, ut liberi ab eo qui tenet, exhibeantur: exhibitos nobis pro potestate domum ducere liceat, ubi imperio nostro subiiciantur: exstant haec interdicta in *L. 1. & L. 3. D. de lib. exhib. item duc.* Cognitioni praetoriae de liberis locus est, cum neque filius tenetur ab alio, & idem se filium fatetur, sed se in 6 potestate patris esse negat, quamobrem & se

4) Azo *in Summa C. h. t. n.* 10. sic explicat: Si a nullo detinetur filius, sed ipse sui controversiam facit, contendens se non esse in potestate: cognitio praetoria pro exhibendo & ducendo, item praeiudicialis actio; non autem interdictum de liberis exhibendis, nisi de adeunda hereditate agatur. Si apud alium sua sponte, indicis officium, praeiudicia & rei vindicatio adiecta caussa; non vero interdictum de liberis exhibendis, nisi detinens se patrem dicat: *L. ult. de Lib. exh.* sin invitus, interdictum *L. 1. §. 1.* & rei vindicatio adiecta caussa; non autem praeiudicialis actio, quae solum contra filium ratione controversiae filiationis.

5) Raevar. *Lib. 1. de Praeiudic. C. 3. In fin.* praeiudiciis peti, quando conventi exceptio in praeiudicium transit, id est, si quid obiecerit, de quo prius cognoscendum, quam de petitoris intentione. Velut cum qui petitur ut filius, servus dicitur esse possessoris. Quod non placet.

6) Ita & A. Fab. 1. *Iurispr.* 8. *Princip.* 6. *illat.* 10. cum non quaeritur, an sit filius, sed forte de emancipationis iure, aut veritate contenditur. Aliter Raevar. *Protribun. C.* 6. videl. *hic & in L.* 13. §. 2. *de minor.* significari, quando adversarius tacet, nihilque apud praetorem obiicit. Incommode.

& se ab eo pro potestate duci non patitur. *L.* 3. §. 1. *de lib. exhib. item duc.* Hæc actio dicitur prætoria cognitio, quia de hac re sic olim adibatur prætor Romæ, aut præses in provincia, ut ipsum cognoscere de ea querela patris oporteret, cum in cæteris fere caussis liceret prætori iudicem dare, qui cognosceret & iudicaret. Per excellentiam igitur dicta hæc cognitio prætoris, quia esset prætoris solius, non ullius iudicis a prætore dati. Rei vindicatione, idest hac ipsa in rem actione; de qua nunc agitur, etiam placuit liberos nostros quos in potestate habemus, peti posse adiecta hac caussa 7 ex iure Romano, seu ex lege Quiritium: quia hac adiectione temperatur vindicatio, & hoc significatur, patrem petere filium suum tanquam rem suam; attamen suam, quatenus pro potestate patria, iure Romano constituta suam dicere liceat. Quod si hæc actio ita temperata in rem, hinc licet colligere, non esse huic intentioni & actioni locum adversus filium ipsum, sed adversus eum, qui filium apud se habeat, detineat: quoniam non est in rem actio, nisi adversus possessorem. *L. actionum*, *D. de obl. & act.*

X. Competit in rem actio de re corporali una aliqua & certa, non comprehensim de pluribus. *Appellatio enim rei*, inquit Paulus, *non genus*, *sed speciem significat*. L. si in rem, 6. *D. de rei vind.* Sic speciem nostri vocant id, quod Dialectici individuum, idest, rem unam aliquam singularem subiectam oculis, quæ specieri, idest, cerni, & digito demonstrari potest; ut Stichum, Pamphilum, hunc bovem, hoc tignum. *L. in stipulationibus*, *D. de verb. obl.* Huiusmodi rem & speciem hac actione peti dicimus. Unde & hæc actio dicta actio specialis, & petitio rerum singularum, ut initio indicavimus. *L.* 1. in pr. *de rei vind.* Illud animadvertendum, quod ait Paulus, rei appellationem non genus, sed speciem significare, sic accipiendum esse in hac actione, ut est iure constituta. Nam alioqui verbum rei per se positum, & vi sua non minus significat genus, quam speciem: cum quidquid est & nominatur uspiam tanquam sit aliquid, id sit res. Unde & genera dicuntur deduci in stipulationem, dum hoc significatur, res in stipulationem deduci generaliter comprehensas. *d. L. in stipulationibus*, *de verb. obl.* Sed in hac actione rei verbum non nisi certam speciem significat. Id autem intelligitur ex adiunctis, non significatione verbi. Nam hæc actio iure proposita est de re, numero singulari, ut significetur res una, non plures; & proposita est de re corporali. Non potest autem res corporalis una esse, nisi 8 species una & certa.

XI. Quid ergo, hac actione non licet eodem iudicio plures res nostras ab aliquo petere, si plures ab eo possideantur? Immo licet. *L.* 3. §. *armamenta*. *L. vindicatio*, 56. *D. de rei vindic.* Unde & dicitur petitio rerum singularum, ut hic quoque plures res singulas peti posse intelligatur. *L.* 1. in pr. *eod.* Cur ergo dicitur rei vindicatio, id est, rei & speciei unius ac certæ vindicatio? Ut intelligatur, si plures res petantur ab aliquo, non posse 9 comprehensim peti uno verbo vel plurali, vel collectivo, sed singulas nominatim designandas & vindicandas esse, neque

7) Hot. ad *d.* §. *praiudic.* 13. *I. de act.* & in *Epitomat. Pand. tit. de his qui sui n.* 6. pro *caussa*, reponit *clausula*, nulla necessitate. Quin imo A. Fab. 1. *Iurispr.* 8. *Princ.* 6. *illat.* 10. non intelligit formulam, *ex lege Quiritium*, quia ea communis, sed *adiecta caussa* scilicet per quam appareat, filium esse in potestate, & liqueat una non peti, tanquam rem nostri dominii: verbi gratia ita: Ex lege Quiritium, meum esse aio, *quia ex iustis nuptiis suscepi*. Quo & resistunt quæ tradit Oldend. *Class.* 4. *Act.* 2. *p.* 302. ut proferatur caussa, quare petatur, ne directo corpora liberorum petantur, cum crebro, quod absolute non licet, mediante caussa ita: Quomodo malo, quam cum Wes. *in h. t. C. n.* 83 exponere de iure speciali Quiritium vetusto, quo liberi in potestate, ac quasi dominio, perinde uti servi, in dominica potestate, aut cum Goed. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 8. caussam exponere, clausulam præiudicialem. Hoc ius protractum est ad incolas, quos ita civitates sibi vindicant *L.* 37. *pr. ad municip.* & colonos *L.* 14. *C. de agric. & censitis*, Oldend. *d. loc.* Sicque recte peti tradunt subditos a domino, per *C. licrcitas* 55. *pr. de appell.* itemque vasallos, Bart. in *d. L.* 1. §. 1. Wes. *in h. t. C. n.* 19. civem a magistrato, monachum ab abbate. Azo *in summa C. h. t. n.* 8. Bart. *d. loc.* Frid. Martini *de iure censuum C. ult. n.* 53. uxorem a marito *C. illud de præsumpt. ubi Gl.* & Panorm. Frid. Martini *d. C. ult. n.* 52. Oorecht. *Disput.* 12. *C.* 5. *n.* 225. Non item debitorem a creditore, nec iure Saxonum quo manus iniectio in eum quondam fuit, Wes. *d. lo. n.* 20.

8) Sic dicta, quod *specieri*, seu cerni possit. Unde speciosi, dicti clarissimi *L.* 100. *de V. S.* quasi præ reliquis conspicui.

9) Unde DD. libellum generalem hic non admitti. Quod Modestio. Pistor. *Cons.* 50. *n.* 3. 4. & 5. declarat scilicet in iis, quæ principaliter, & per se petuntur, nec altera alterius appendix, sicuti *d.* § 1. scapha non est instrumentum navis *L. ult. de instr. leg.* Secus, si se habeant, ut accessoria: ut si petatur castrum, cum suis pertinentiis *Das Schloss, sampt den Dörffern unds ingehörungen:* Cuiusmodi petitionem, tenere censet, contra Angelum, quia in *C. cum ad sedem* 15. *de rest. spoliat.* & *C. cum venerabilis de exception.* talis refertur, nec reprobatur. Et consentit Guido Papæ *Quæst.* 149. Sneidvin. *in* §. *curare* 31. *I. de act. n.* 19. Alb. Galeot. *Margarita aurea C.* 13. *n.* 8. Mudæ. *in* §. 1. *I. de act.* vers. *vel cum eo agit. n.* 14. & Wes. *in h. t. C. n* 19. valere etiam vindicationem feudi, licet complectatur iura, ut iurisdictiones, venationes, quia, inquit, hæc accessorie veniunt in consequentiam, nec alterant naturam principalis actionis. Verius itaque hæc iura, vel generaliter supervacuo exprimi, cum rei petitæ insint, aut inhæreant; facit *L.* 10. §. 1. *de usucap.* Quæ vero pertinentiarum nomine veniunt, summatim ex Carolo Tapia percenset Arnold. de Reyger. *Thesauro iuris fol.* 1108. *ac seq.*

que aliter recte vindicari. Utputa, armamentorum verbo plurali significantur omnia, etiamsi sint multa & varia, quibus res aliqua armatur & instruitur ad usus necessarios: ut armamenta navis sunt, vela, funes nautici, anchoræ, & alia similia. Sint hæc armamenta navis mea, quæ possideantur ab aliquo. Non possum ita vindicare: armamenta illius navis mea sunt, quæ tu possides, peto, ut restituas: sed singula erunt vindicanda, inquit Ulpianus, *d. L.* 3. §. *armamenta*, *de rei vind.* Idem ergo & de supellectile mea dixeris; ut si possideatur ab aliquo, non recte ita vindicem nomine collectivo, supellex mea a te possidetur, peto, ut restituas: sed singulas res quæ sunt ex supellectile, vindicare debeam: quod si faciam, recte vindicabo. Etiamne plures eodem iudicio? Sane eodem iudicio: neque metuemus, ne isto modo vindicantibus nobis non conveniat actionis nomen; quasi tum futurum sit, ut actio non dicatur rei vindicatio, sed rerum, ubi tamen rei vindicationem quærimus. Nam & in hac plurium rerum singularum vindicatione non minus per omnia cernetur rei vindicatio, quam vindicatio rerum plurium. Verborum complexum si spectamus, vindicatio rerum est, quia plures verbis simul vindicantur. Sin spectamus res ipsas verbis vindicationis expressas, est in singulis una & distincta vindicatio, quæ & ipsa unius rei vindicatio est, non plurium. Atqui sic istam plurium rerum designatarum vindicationem accipere debemus, ut in hac spectemus res ipsas, ac quot res sunt expressæ, tot sint distinctæ vindicationes. Nam & hoc fit in stipulatione, qua plures res nominatim stipulati sumus, puta Stichum & Pamphilum, ut quanvis complexu verborum una sit stipulatio plurium rerum, tamen re vera quot sunt res, tot existimentur esse stipulationes. *L.* 1. §. *penult. D. de verb. oblig.* Sic autem distinctis singularum rerum vindicationibus & stipulationibus, nihil verius, quam unamquamque per se esse unius rei tum vindicationem, tum stipulationem.

XII. Rem unam hic non sic accipere debemus, quæ natura aut artificiosa plurium rerum inter se coagmentatione una sit; sed omnem, cuius unum corpus est, etiamsi ex pluribus corporibus & iis distantibus constabit. Denique rem unam hic intelligimus corpus unum. Corpora qualiacunque sint, recte hac actione petentur verbo communi corporis, quanvis nihil earum rerum exprimatur, quæ eo verbo continentur. Id sic enumeratione generum facile intelligetur. Corporum genera [10] tria sunt, tradita in *L. rerum*, *D. de usucap.* Unum quod [11] uno spiritu constat natura; ut homo, bos, lapis, tignum. Alterum, quod ex pluribus rebus opera hominum iunctis, ex [12] cohærentibus constat: ut domus, navis, armarium. Tertium, quod ex pluribus corporibus [13] distantibus constat: ut corpora plura uni nomini subiecta; veluti grex, armentum, equitium. Hoc ergo dicimus omnia hæc uno verbo communi corpus quodque significante recte vindicari. Et de prioribus generibus duobus corporum nulla dubitatio est, quin recte singula vindicentur. Sunt enim eiusmodi, quæ per se rem aut natura, aut artificio iuncturæ unam constituant.

XIII. De tertio potuit dubitari; ut de grege, in quo sunt forte centum aut ducenta capita, solida ipsa per se, & invicem ita distantia, ut nulla cohærentia iungantur. Sed quia & grex [14] corpus unum est, placuit gregem quoque verbo hoc communi recte vindicari, ut non sit necesse designare & vindicare gregis singula capita: hoc in *L.* 1. §. *ult. D. de rei vind.* Quod si ita est, vere supra definivimus

10) Quæ tripartita divisio a Stoicis est, Cuiac. 26. *Obs. ult.* & in bimembrem reduci potest, ut idem 15. *Obs.* 33. sicuti Cassiodor. *de Anima*. Omnis quantitas, aut de continuatis constat, aut disiunctis, Forner. 2. *Select.* 17.

11) Ita *L.* 23. §. 5. *h. t. d. L.* 30. *pr. de usucap.* In quo male quidam *una specie* reposuit notatis a Forner. 2. *Select.* 17. Stoicis enim spiritus, vis cuiusque rei continuatrix, Cuiac. 26. *Obs. ult.* seu vis ipsa naturæ, quæ rem coadunat, & devincit, ut unam efficiat, veluti spiritu quodam eam permeante, vel per eam diffuso, ut ex Aphrodisæo *Lib. de Mistura*, idem Cuiac. 21. *Pauli ad edict. in d. L.* 23. §. 5. Sic Quintil. *Lib.* 11. *C.* 2. *initio* memoriam, cæteras eloquentiæ partes, velut *spiritu* continere, Forner. *d. loc.* Græc. *ἡνωμένον* *d. L.* 30. cohærens corpus *d.* §. 5. Ciceroni & Cassiodoro continuatam.

12) Quod ex partibus se continentibus, nec contentis uno spiritu, aut [illegible] ut Conon Mathemat. ref. Cuiac. *d. C.* 33. Sed una compage. Græc. *συνημμένον*, adiunctum, seu connexum, Agell. 16. *Noct.* 8. Atque hanc speciem cum priori uno *continua* nomine complectitur Boetius 1. *Arithm.* scribens vocari proprie *magnitudines*. Hinc partes ædium, vocantur membra, Apulei. *Lib.* 3. *& Lib.* 7. *Metamorph. L.* 13. §. 1. *de manum. test.* aliorumque auctorum locis adductis a Forner. 1. *Select.* 23.

13) Numero scilicet tantum, ut Philosophi, vel specie, ut nostri. Non item, si specie, vel genere rei diversæ, ut armamenta navis, supellex. Quorum partes, propriis extremitatibus terminantur, ab alterius fine discretæ, proprie *multitudines*, ut Boet. citatus a Cuiac. 15. *Observ.* 33. Græc. *διεστῶτα*, quorum duo genera Conon facit, ut alia constent certis, & distinctis capitibus, ut grex, legio, alia indistinctis, infinitisque, ut populus. Cuiac. *ibid.* Sic *corpus* dicitur, personarum collectio, eodem iure utentium, ut universitas, collegium, *L.* 1. *pr. Quod cuiusque univ. Rub. D. de Colleg. & corpor.* Quomodo & familia, corpus *L.* 195. §. 2. *de V. S.* & corpus quoddam servorum §. *seq.*

14) Grex enim, etsi diversis corporibus constet, res tamen singularis æstimatur, sicut Varro 6. *Rer. Divin. posse fieri, ut eadem res, & una sit, & in ea res quædam plures*, ref. Cuiac. 21. *Pauli ad Edict. in L.* 2. *h. t.*

vimus, nullum esse genus corporum, quod non verbo uno totius corporis recte vindicetur, ut non sit necesse singulas eius corporis veluti partes vindicare. Gregem autem pro nostro sic recte vindicabimus, non solum si singula capita gregis nostra sint, de quo nemo ambigit; sed etiam si [15] maiorem numerum in eo habeamus, ut non omnia capita sint nostra: hac lege tamen, ut condemnato possessore in restitutionem non veniant aliena capita. *L.* 1. in fin. *L.* 2. in fin. *D. de rei vind.* Nec mihi gregem simpliciter ita vindicanti obstabit, quod non omnia capita, quæ sunt in grege, mea sunt. Non enim totam illam multitudinem ovium, quæ constat etiam ex alienis capitibus, vindico: sed vindico gregem meum: is autem meus est, qui constat ex capitibus & corporibus meis. Quod si in collectione multorum capitum par numerus duorum interfuerit, neuter dominorum solidum gregem, sed nec partem eius vindicabit: ut est in *L.* 2. *D. eod.* Neuter gregem; quia non fuit hæc mistura, ita constituta, ut [16] gregem unum faceret. Neuter partem, quia prius est, ut sit grex, quam ut dici possit aliqua pars gregis. Non est enim pars, nisi pars totius. Nunc autem totam illam misturam pecorum negavimus gregem unum esse. Totum gregem & eum veterem nostrum dicere possumus, non tantum in quo prima capita, ex quibus grex ab initio constitutus est, etiam nunc manent; sed etiam in quo prioribus aliquibus amissis alia in priorum locum substituta sunt. Quinimmo etsi per partes multis substitutis priora omnia amissa sint, ut solum supersint, quæ substituta sunt, nihilominus quod restat, eumdem illum gregem nostrum veterem dicemus, & ut talem recte vindicabimus. Quæ sententia est *L.* 3. *D. eod.* Quod congruit illi sententiæ Alfeni, quæ extat in *L. proponebatur, D. de iud.* qua disputat, rem quæ adeo sæpe per partes restaurata esset, ut nulla pars eadem permaneret, quæ non nova esset, nihilominus eamdem rem esse existimari.

XIV. Gregis vindicatione recepta; quæsitum est, an non eodem exemplo & peculii vindicationem admitti oporteat: ut si cui peculium legatum sit, possit recte intendere id suum esse, & petere a possessore, ut restituat, nec necesse habeat res peculiares singulas vindicare. Finge patrem peculium profectitium filii legavisse Titio: quod is facere potuit suo iure; quippe quod totum sit patris. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Titium mortuo patre id peculium a filio vindicare hoc modo: Peculium, quod olim a patre in te profectum est, meum est, id possides, peto ut restituas. Cur non ita recte vindicet: Gregem nostrum isto modo recte vindicamus, cur non & peculium? Similia enim hæc esse omnino quis dixerit. Gregis nomen collectivum est, quo res plures & verbo subiectæ significantur. Et peculii verbum item collectivum, quo significantur res omnes eius peculii. Et de eo ita definitio est Iuliani in *L. vindicatio*, 56. *D.* de rei vind. *Vindicatio non ut gregis, ita & peculii recepta est: sed res singulas is cui legatum peculium est, petet.* Quid ergo de ea similitudine, quam inter hæc nomina collectiva esse dixi, respondemus? Nam si borum nominum eadem ratio est, caussa dici non potest, cur non & de his in hac re idem statui debeat. *L. illud, D. ad leg. Aqui.* Nempe hoc dicimus, quam & rationem veteribus fuisse constabit, gregis quidem & peculii nomina collectiva esse, quæ sub unius verbi appellatione res plures complectantur: sed hoc ad vindicationem eamdem non esse satis. Exigimus amplius, ut id quod nomine collectivo vindicatur, sit corpus. In quo iam apparet gregis & peculii dissimilitudo. Grex ita nomen collectivum est, ut sit etiam corpus. Constat enim grex ex pluribus corporibus, quæ iuncta unum corpus efficiunt, etsi non cohæreant. Peculium non est corpus. Nullum enim corpus esse potest, quod non omni ex parte [17] constat rebus corporalibus;

15) Modo decem in eo capita sint mea, quot sufficiunt gregi conficiundo *L. ult. pr. D. de abigeis*, Cuiac. *d. lo. & supra Lib.* 10. *Cap.* 18. *n.* 5. *post med.* Sicuti & decem homines, cœtum conficiunt, *L.* 1. *C. de tut. vel cur. ill.* & turbam *L.* 4. §. 3. *vi bon. rapt.* Alc. *in L.* 40. §. *ult. d. V. S. n.* 4. *&* 7. Sed vid. Connan. 4. *Comm.* 6. *n.* 10. Castillo *Contr. quotid. de Usur.* C. 27. *n.* 17. *&* 18.

16) Quia grex non est communis, pro indiviso, ideoque nec proprie communis. Nam etsi e grege decem capitum, quinque capita mea sint, non ideo dimidia pars gregis est mea, alias haberem partem in singulis 10. capitibus; Ast immo in tuis, nihil prorsus habeo. Ergo singula cuique capiti, sunt vindicanda. Quod si grex vere communis, pars dimidia vindicari potest arg. *L.* 3. §. *ult. L.* 76. *pr. hoc. tit.* ita Cuiac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 2.

17) Ita, Azo *in Summa C. h. t. n.* 7. In peculio iura, & obligationes contineri; in grege tantum corpora. Sed ratio hæc, ceu non adæquata ab ipso Donello *ad* §. 1. *I. de act. n.* 19. reiicitur, quia fieri potest, ut tantum corpora sint in aliquo peculio. Verior itaque quia ex rebus dissimilibus, unum certum corpus confici nequit, ut *praecedd. argument.* Accedit quod in peculio res variæ, non eodem iure contentæ, sæpe etiam alienæ, pignoratæ, depositæ. Donell. *d. loc. n.* 19. Ex universitates iuris hac speciali actione non vindicantur, ut hereditas *L.* 1 *pr. h. t.* dos, peculium: secus universitates corporum, ut grex, armentum, quæ sunt facti, & tantum distant ab illis quantum ius & factum Oldend. *Classe* 3. *Act.* 2. *Q.* 4. Pag. 3. *Enant. Q.* 40. Goth. *ad L.* 1. § *ult. h. t.* Nicol Carboo. *Practica Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 16. Vid. *tamen supra N.* 11.

bus; nec corporis ulla pars esse potest non corporalis. At in peculio res esse possunt non tantum corporales, soli, & mobiles; sed & incorporales, ut nomina debitorum. *L. quam Tuberonis, 7. §. ult. D. de pecu.* Quæ res aperte ostendit peculium corpus non esse. Quamobrem nec peculium comprehensum, & uno peculii verbo vindicari potest. Ex quo relinquitur, eum qui peculium vindicare volet, debere petere res peculii singulas, quæ fuerint olim patris, nunc legatarii, in quem a defuncto dominium translatum sit iure legati.

XV. Ut rem unam & speciem hac actione peti volumus; ita & certam peti oportet. *L. si in rem, 6. D. de rei vind.* ut intelligi possit videlicet quid petatur, de quo & concertatio futura sit, quod & ipsum officio iudicis restitui debeat, alioqui frustra suscipiatur lis inter litigatores de re ignota, frustra cognitio & sententiæ dictio a iudice, ubi ignoret qua de re cognoscere debeat, & quam in eo sententiam ferre. Ideo & hic rem petitam designare debere placet eum qui agit. *d. L. 6.* Hinc quæsitum de designatione, qualem hanc esse oporteret, ne frustra ageretur. Id ergo Paulus deinceps explicare conatus est in *d. L. 6.* sed factum id ab eo obscurius, aut certe brevius, quam ut res tota intelligi posset. Sic autem videtur commode posse explicari. Principio hoc ita statuatur, rem petitam recte designari, si quocunque modo ita demonstretur, ut possit intelligi: quod ad omnem designationem sufficere scribit Ulpianus in *L. in actione, 19. D. de furt.* Non enim hic res posita in formulis verborum, sed in re, ut sciri possit, quod dixi, qua de re agatur, & quæ sint eius rei cognitione partes iudicis. Sed quoniam de hac demonstratione aliud alii videri potest, ut aut putet rem satis demonstratam, aut neget: ideo hic dederunt operam veteres, ut res ab ea incertitudine deduceretur ad nonnullam certitudinem præceptionis. In quam sententiam est *d. L. 6. de rei vind. d. L. in actione, de furt. L. 1. §. si quis argentum, D. depos.* Hæc autem in hac re præceptio est.

XVI. Aliter designantur res soli, aliter res mobiles. Rem soli qui vindicat, sic recte designat, si dicat nomen rei, & ne nomen fallat, [18] adiiciat locum, in quo res sita est. *d. L. 6.* in fin. ut ita dicat: Fundus Tusculanus, qui est in agro Sabino, meus est, quem tu possides: ædes Cornelianæ, quæ sunt in illo vico urbis, meæ sunt. In rebus mobilibus etiam aliter designantur animalia, aliter res inanimatæ. In animalibus hominem servum qui vindicat, si nomen dixit, recte designavit; ut Eros servus, quem tu possides, meus est. Quod si plures sint eodem nomine, ætas adiecta [19] certum designabit, ut dicat actor, utrum servus puer sit, an adolescens. *d. L. 6.* circa fin. Animalia bruta qui vindicat, genus & sexum dicere debet, sine quibus quod sit animal, intelligi non potest: hoc modo, bos qui apud te est, meus est: vacca, quæ apud te est, mea est. Et quoniam hæc animalia non omnia eodem colore sunt, colorem adiicere debet, ut in vestimentis quæ vindicantur, faciendum esse scribit Paulus in *d. L. 6. vers. & si vestimenta, de rei vind.* ut dicat actor, bos flavus, qui apud te est, meus est; vacca nigra mea est. In rebus inanimatis mobilibus videndum est, utrum res petita quantitate constet, an specie. Quantitate constare dicimus eas, quæ in usu iuris dicuntur constare pondere, numero, aut mensura, quibus rebus constare dicuntur eæ, quarum æstimatio statui non potest, nisi pondere prius posito, aut numero, aut mensura, ut dicatur; hæc res hoc pondere tanti est, hoc numero tanti, hac aut illa mensura tanti. Constat pondere omnis massa auri, argenti, & cuiuscunque metalli infecti: numero pecunia numerata: mensura ut frumentum, oleum, vinum. *§. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* In his hæc recta designatio est. Si materia infecta pondere constans petitur, materiam dicere oportet, & pondus: ut, auri pondo tot, argenti pondo tot: vel massam auream, aut argenteam tanti ponderis. Si petitur materia facta & signata, id est, pecunia, dicere oportet speciem nummorum & numerum: ut aureos nummos tot, taleros tot:

18) Adde quod & suis finibus, ac limitibus quandoque res determinandæ arg. *L. 4. pr. de censib. L. 48. de act. em.* Coler. *Consf. 31. n.* 170. Sneidvio. *in §. 1. I. de act. n.* 139. *C. 2. ubi DD. extr. de libell. oblat.* Wesem. *in h. t. C. n.* 28. Ac licet Cuiac. *6. Pauli ad Edict. in d. L. 6.* nomen & locum exprimi sufficere, idem tamen ad *L. 25. de V. S.* hoc non esse satis, sed & hic debere designari, an pars petatur, & quota *d. L. 26. pr.* quod est, ait, præcipere, seu *ἀφορίζειν*. Etsi si pars indefinite petita, intelligatur dimidia *Gl. in d. L. 6.* Wesen. *Con. 13. n.* 18. Quin, & qualitates fundi exprimendæ videntur, arvum sit, an vinea, pratum, pomarium &c. arg. *d. L. 4. pr.* nisi citra harum designationem, ex solo nomine satis constet, quid petatur, Gilken. *in L. 3. C. de Edendo n. 75. & seq.*

19) Nomen proprium est, quod habet aliquod signum rem vel personam demonstrans. Ergo ubi res cognomines, non nudum nomen exprimi debet, sed aliæ qualitates adiungi; Nudum autem sufficit, ubi singulare. Confer. Leand. Galganett. *de Condit. & demonstr. P. 2. C. 1. Q. 7. n. 12. & seqq.* Hartm. *Misc. Obs. C. 1. Obs. 6.*

tot: vel quod idem est, in pecunia aurea tot florenos, in pecunia argentea tot. Si res constat mensura, hic speciem dicere oportet, & [20] mensuram: ut, frumenti modios viginti; olei metretas decem; vini tot amphoras, aut tot dolia. Hæc in *d. L. 6. de rei vind. L. in actione, D. de furt.* Sed quoniam vina non sunt unius coloris, & quo colore sint, ad rem multum refert; idcirco ut in vestimentis faciendum esse traditur in *d. L. 6.* ita & in vino colorem adiicere oportebit, utrum rubrum sit, an album. Sed & in vinis albis, si quibus in locis utantur Rhenanis & Gallicis, quia inter ista multum interest, etiam dicere oportebit, utrius generis vinum sit, Rhenanum an Gallicum. Specie res mobiles constant cæteræ omnes: quarum aliæ speciem suam certam a natura habent, aliæ ab hominum artificio & manu. Natura, ut lapis, patera, lignum. Artificio, ut lanx, discus, patera, vestimenta, lectus, fulcrum. Quæ a natura speciem certam habent, in his speciem hanc designare oportebit, & quantitatem, ut dicat petitor, lapidem, tignum illius quantitatis. Et quoniam in lapidibus alii communes sunt, alii marmora; in his etiam addita differentia genus distinguere conveniet, ut certam speciem efficiamus. In patera, disco, lance, & similibus, placet dici debere speciem, materiam, & pondus: ut pateram auream, vel argenteam tanti ponderis. *L. 1. §. si quis argentum, D. depos.* Utrum autem pura sit, an cælata, lanx quadrata, an rotunda, dici non est necesse. *d. L. 6. de rei vind.* In vestimentis species vestis dicenda est, & color: de specie præcipitur in *d. L. 1. §. si cista, depos.* de colore in *d. L. 6. de rei vind.* Ad speciem vestis pertinet, ut dicat petitor pallium, tunicam, togam, & similia: præterea & materiam, ut sitne linea, an lanea, an serica: tum ut si nomen conveniat vesti virili, & muliebri, adiiciat, utrum virilis sit, an muliebris. De colore vestis hoc adiicitur, si quis iuret se pro certo colorem dicere non posse, remitti ei huius rei necessitatem debere, *d. L. in actione, de furt.*

XVII. His expositis, quia nomen dici debere in plerisque diximus, ut in fundo, in ædibus, in homine, inde hæc quæsita sunt. Quid, si petitor nomen ignoret, ut id dicere non possit? Demonstratione utendum erit, hæc vice nominis fungetur: hoc in *d. L. 6.* circa fin. *de rei vindicatione. L. certum, D. si cert. pet.* Ut, illæ ædes meæ sunt, quæ sunt in illo vico ponti contiguæ, aut quæ sunt inter ædes Cornelianas & Sempronianas intermediæ. Fundus meus est, qui est in agro Sabino illis finibus: servus meus, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est: quæ posteriora duo, exempla sunt *d. L. 6.* in fin.

XVIII. Quid, si petitor nomen expresserit, sed errans aliud pro alio, sic tamen, ut de corpore rei petitæ conveniat? ut puta, petitor & possessor fundum, de quo controversia erat, Tusculanum appellabant, & hoc nomine fundus petitus est, de cuius corpore inter eos conveniebat: sed fundus re vera appellabatur Sempronianus. Placet nihilominus recte actum esse. *L. 5. §. ultim. de rei vind.* & Hoc est: nunquam in personis aut rebus, quas certas esse oportet, error nominis quidquam nocet, si de corpore personæ aut rei constabit. *§. si quidem, Inst. de leg. L. 4. in prin. D. de leg. 1.* optima ratione, quæ redditur in *d. §. si quidem.* Quoniam nomina significandarum rerum caussa inventa sunt: quæ si res alio quovis modo intelliguntur, nihil interest. Quod tamen de nominibus propriis, & indititiis intelligendum est. Non idem placuit in nominibus rerum appellativis, quæ substantiam rei indicant, in quibus, si quis agens erret, nihil egerit: veluti, si quis electrum aut aurichalcum vindicare volens aurum petat, aut argentum petiturus petat vestem, dum priora auri, posterius putat vestis appellatione contineri: rerum enim vocabula immutabilia sunt, *d. L. 4. D. de leg. 1.*

XIX. Quid, si petitor nomen expresserit, & verum nomen, sed ambigue, ut non intelligatur, de quo senserit: puta, vindicarit servum Erotem, cui nomen erat Eros, sed plures erant eiusdem nominis servi, nec appareat, de quo actum sit? Dicemus recte desideraturum possessorem ab initio, ut declaret petitor, de quo sentiat: ni faciat, non procedere intentionem: postquam hoc exigitur, ut res certo designetur. *d. L. 6.* in princ. *de rei vind.* Quod si possessor nihil de ambigua intentione obiiciens, & rem ut petitur, possessoris esse negans, ultro iudicium susceperit, scriptum est in *d. L. 5.* in fin. *Si in proposito non appareat, de quo actum sit,*

20) Fructuum tamen quantitatem complecti necesse non est, ignoranti, quantum adversarius perceperit, sed eam in progressu caussæ demonstrari satis est, Oldend. *Class.* 3. *Act.* 2. *pag.* 314. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 16. *n.* 20 Quin etiam, si per se, & principaliter petuntur, posse generatim designari, vult Wes. *in h. t. C. n.* 67.

sit, nullam fieri condemnationem. Et recte: quid enim iubeat iudex restitui, ubi non intelligat, quid petatur: nec aliud, quam quod petitum est, debeat sententia iudicis contineri? *L. ultim. C. de fid. lib.*

XX. Sed hoc ita est, si in ista ambigua intentione non appareat de quo actum sit. At videamus, ne inepte adiiciatur hæc conditio. Nam in *L. si quis intentione, D. de iud.* ita definitur: *si quis intentione ambigua, vel oratione* (alia quam in intentione) *usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum esse*. Quod si verum est, an non semper certum erit, de quo petitor egerit; ex quo etiam efficietur, semper in hac ambiguitate condemnationem sequi posse & debere? Minime. Nam ne illud quidem semper certum esse potest, quid utilius sit petitori. De eo certe constare non potest, nisi ipse [21] declararit, quem servum ex pluribus eiusdem nominis dicat suum esse, ut ad eius rei petitionem etiam probationem suam conferat: neque vero alium designari ei utile est; cum alio petito nulla futura sit eius de re petita probatio. Non uno autem modo accidere potest, ut id declarare non possit petitor, aut non possit utiliter. Quid enim, si priusquam id declararet, decesserit, & heres ignoret, de quo ille senserit? Sed etsi sciat heres, tamen ei dicenti fides non habebitur; cum possit nominare eum, qui vere fuerit defuncti, de quo tamen non senserit defunctus. Quid, si vivat quidem adhuc petitor; sed ut ambigua intentione usus est Erotem petens, ita & testes ad probandum dominium adhibiti æque ambiguum testimonium dixerint, de Erote videlicet indefinite respondentes, non ullum certum designantes? Si proponas conclusum esse in caussa a litigatoribus, ut vulgo loquuntur, id est, illis omni probationi & allegationi renuntiantibus factam esse potestatem iudici pronuntiandi: si testes decesserint, ut non possint declarare, de quo Erote senserint, bene Bartolus putavit ad *d. L. si quis intentione*. non posse hic constare, quid petitori sit utile, id est, de quo is senserit, & quem suum esse dixerit. Non testes declarare id possunt, ut petitor idem se sensisse dicat: nam testes iam obierunt. Petitor declarare potest, de quo senserit: sed frustra; cum non sit satis aliquem certum suum esse dicere, nisi probet; nunc autem incertum sit, an de eo ipso quem nunc dicit, testes testimonium dixerint. Quapropter & his casibus eadem incertitudo etiamnunc manebit, qua fiat, ut non appareat in hac ambiguitate intentionis, de quo servo actum sit. In qua oportet etiam superiorem sententiam manere, ut negemus hic ullam fieri posse condemnationem.

XXI. Cum sit in rem actio de re, quam nostram petimus; *L. actionum, D. de obligat. & action.* necesse est hanc actionem ut de re tota nostra, ita & de parte nostra competere. Nam & hæc ipsa pars res nostra est. Et vero constat competere de parte nostra, ut quæ in totius rei vindicatione servantur, valeant [22] & in vindicatione partis pro portione, *L. quæ de tota, D. de rei vindic.* Ideo & partem certam hic designari ac vindicari oportet, ut in totius rei vindicatione faciendum esse huc usque diximus: incertæ partis nisi ex iusta caussa non conceditur. *d. L. 6.* in pr. *d. L. quæ de tota, §. 1. de rei vindic.* Certam partem hic accipere debemus, non ut interdum, partem divisam, sed indivisam, id est, eam quam habemus in re aliqua nobis cum alio communi pro indiviso. Certa divisa, non est pars, sed totum. *L. si quis, 6. D. commodat. prædat.* de quo nunc non quærimus. Nam quod pars dicitur, id fit πρός τι, id est, relatione facta ad id, quod prius fuerat. Nam fundo integro manente, qui postea regionibus in partes divisus est; eius fundi pars erat, quæ nunc divisa, eiusdem fundi qui amplius non est, pars esse desiit. Nunc de parte, quæ vere pars sit, loquimur. Ea autem sola est pars indivisa, cum fundus scilicet mihi communis est cum alio partibus indivisis. Hanc quoque indivisam partem vindicare licet. Usque adeo, ut quamvis totum, cuius partem pro indiviso peto, sine interitu dividi non possit, non eo tamen minus eius partem istam indivisam liceat petere. *L. & ex diverso, 35. §. ultim. D. de rei vind.* Sed licet ubique hac lege, dum pars certa designetur. Incertam vindicare non possum. Certam vindico, si dicam,

21) Obrecht. Diss. 11. C. 3. n. 308. putat licere quidem actori, pendente lite, declarare, utra de re senserit, per d. L. 66. & L. 83. §. 4. de V. O. melius autem esse ut mature declaret, quia, actore mortuo, non eadem facultas heredi.

22) L. 80. de acquir. her. L. 46. de solut. L. 47. §. 2. de minor. & simil. Cic. 3. de LL. & in Bruto. Quod probatum est, in universo, idem in parte probari necesse.

Neque tamen hæc regula perpetua, quia quandoque diversa ratio partis L. 3. pro derelicto. Quod exemplis declarat Cuiac. 6. Diss. Modestini in L. 48. de petit. hered. adde Tiraq. de Retr. lignag. §. 1. Gl. 7. n. 46. Everhard. in Topic. loco a toto ad partem Vigel. Lib. 2. Dialect. in me pag. 158. & seqq. Gundl. ad L. 29. de V. S. n. 22. & seq. Val. Guil. Eust. 2. Obs. [illegible]

dicam, quotam partem in fundo mihi cum alio communi vindicem, puta, dimidiam, tertiam, quartam, quintam, & similes. Idque ad designationem partis satis esse indicatur in *d. L. 6.* in princ. *de rei vind.* At non possum ita vindicare: in fundo Tusculano, quem tu possides, est aliqua pars mea: quantum idest, quod meum est, peto, ut restituas. Hæc vero incerta pars est indivisa, quæ [13] nulla demonstratione nec ubi sit, nec quanta sit, potest intelligi; itaque describitur in *L. locus, D. de acqui. possess.* Hæc eadem incerta pars est, cuius solius petitionem non admittimus: prioris illius admittimus. *d. L. 6. de rei vind.* Dicet aliquis: atqui omnis pars indivisa dicitur incerta, & hac ratione divisæ tanquam certæ opponitur: ut in *L. 1. §. interdictum, D. uti poss.* Agnoscimus fieri id interdum: sed non eo minus & hæc ipsa, indivisa suo modo certa pars & est, & certis locis dicitur, cum quota sit, designatur; sic quidem appellatur nominatim in *d. L. locus, de acq. possess.* Utrumque recte propriis rationibus, ut ostendi sub Titulo; *Si pars hereditatis petatur*. Pars indivisa corporis demonstratione incerta est: quia oculis cerni, & digito demonstrari eius corpus non potest. Unde dicuntur hæ partes intellectu constare in *L. 5. D. de stipulat. serv.* At a quantitate certa est, ubi dixi dimidiam, tertiam, quartam, aut similes: huius quantitatis designatio ad certitudinem vindicationis & iudicii satis est; ex qua iudex intelligit, quo in corpore quantum petitori restitui iubeat, ut ita certam sententiam ferat. Eam solam partis incertæ petitionem reiicimus, in qua neque demonstratione neque quantitate certam partem demonstramus, qua posita, non possit ulla sequi iudicis condemnatio.

XXII. Incertæ tamen partis, huius ipsius, quam modo incertam definivimus, vindicatio conceditur, si insta caussa interveniat: *d. L. quæ de tota, §. 1. de rei vindic.* Iusta caussa est, ubicunque in petitore iusta est huius partis ignorantia. Et ea ignorantia iusta est, cum nihil est, quod petitori imputari possit, cur ignoret, quotam partem vindicare debeat: quod significatur in *d. L. quæ de tota, §. 1.* Huiusmodi ignorantiam parit petitori aut factum alienum, aut rei suæ cum alienis aliena vel fortuita cum confusio, tum permixtio. Factum alienum huiusmodi in re legata est factum testatoris, si is legavit testamento supra dodrantem hereditatis,

Tom. V.

Tunc enim lege falcidia minuuntur legata, quatenus supra dodrantem legatum est, ut iam non totum, quod legatum erat, sed portio tantum quam per legem capere licet, relinquatur. *§. ult. Instit. de leg. falc.* Faciamus ergo, an, aut quatenus legata dodrantem excedant, ignorari. In hac ignoratione legatarius, cui forte fundus legatus erat, sic eum fundum recte vindicabit. Fundus ille mihi legatus meus est, quem tu possides: peto, ut restituas, aut si falcidia interveniat, peto, restituas, quantum mihi per eam legem capere licet. Hæc, inquam, intentio recta est, etsi non exprimat, quotam partem in eo fundo ex lege Falcidia habere debeat. Iuste enim ignorat in alieno facto, & alienis bonis, quid legaverit testator; & hæc ipsa quæ legavit, utrum dodrantem patrimonii excedant, & quatenus excedant: atque hoc exemplum est, quo utitur Caius in hac re in *d. L. quæ de tota, §. 1. de rei vindicat.* Confusio rei nostræ cum aliena tunc accedit, cum, exempli gratia, meum & tuum argentum in massam redactum est. In qua specie placet corpus totum confusum nobis commune esse, eoque posse unumquemque nostrum pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicare. Num ergo ita, ut ego aut tu partem vindicantes dicere debeamus, quotam petamus? Immo etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habeat, recte vindicabimus: hoc in *L. 3. §. ult. D. de rei vind.* Sic ergo recte vindicabo; quantum parebit in ea massa quam tu possides ex confusione meum esse, tantum peto, ut restituas. Nempe ideo, quia quotam habeam, iuste ignoro. Non enim possum de quantitate meæ partis in eo corpore statuere, nisi prius sciam, quantum ponderis vicinus alterius partis dominus in ea massa habeat: omninoque ex eius partis cognitione pendet meæ quantitas & certitudo. Nam si in eo corpore sint quatuor partes; & ille unam tantum habeat, ego tres habeo: si ille habet duas, ego item duas: si ille tres, ego unam dumtaxat. Atqui quantum ille habeat, ut in re aliena iuste ignoro. Unde est & meæ partis iusta ignorantia, & incertitudo. Idem accidit in permistione rerum eiusdem generis; ut, si meum frumentum sive casu, sive ab alio permistum cum tuo. Unde & de acervo singulis nostrum in rem actionem dari placet non certæ partis, sed quantum paret, id est, parebit, in illo acervo suum cuiusque esse: hæc in

 L. 5.

13) Vid. *supra Lib. 5. Cap. 8. n. 6. 7. N. 2. 3.* Confer. Ioh. Bapt. Asin. *Tract. de Exsecut. §. 7. C. 270.*

L. 5. in prin. *D. eod.* Illud monendi fumus, quod dicimus in his caussis incertæ partis vindicationem admitti, ad initium vindicationis & ad intentionem petitionis referendum esse. Cæterum in iudicio, ubi probatio rei petitæ exigitur, perficiendum est petitori, ut certum faciat, quantum petat, & quantum sibi restitui postulet: sine quo iudex non magis ullam condemnationem facere potest, quam tum, cum Eros petitus est, & plures sunt Erotes, nec apparet, quis ex his petitus sit; de quo in *d. L.* 5. in fin.

XXIII. Hæc partis sive certæ, sive incertæ vindicandæ potestas necessario inducit hanc quæstionem a quibus pars peti possit, si forte rem communem, cuius pars mea est, plures possideant; quæ quæstio etsi ad possessorem maxime pertinet, tamen cum nascatur per occasionem partis petendæ, etiam hactenus huius loci videri potest: quamobrem & nunc attingam, & quod illic delibavi tantum, nunc dicam paulo explicatius. Est autem hæc distinctio: quam & prope per omnia in partis hereditatis petitione servari diximus. Si res communis possidetur a duobus extraneis, ego ab utroque partem partis meæ petere debeo; non totam partem ab uno dumtaxat; quia etsi possessores si rem pro indiviso possideant, non tamen unus magis partem meam possidet, quam alter. *L.* 1. *§. quinimmo, D. si pars her. pet.* Sin possidetur res communis partim ab eo cum quo mihi communis est, partim ab extraneo: si quidem pro indiviso, partem solidam petere debeo solum ab extraneo. Reddidi huius differentiæ rationem in petitione partis hereditatis. Accipe & hic non minus idoneam, eodem redeuntem tamen. Petere hoc casu debeo partem solidam ab extraneo, quia nihil interest extranei totam partem mihi restituere, quam possidet, cum non sit eius. Nec mihi quidquam nocet partem totam ab illo accipere, cum hanc ut indivisam, & per totum corpus rei communis fusam consecutus habeam eamdem, quam habiturus essem, si particulatim accepissem a duobus. Tum autem ita fieri socii mei expedit, qui nulla molestia afficitur iudicii a me accipiendi de parte partis meæ, & rursum de parte partis suæ sibi adempta adversus extraneum restituendi. Æquissimum est, quod mihi non nocet, alteri prodest, id illi tribui. *L.* 2. *§. quamvis, D. de aqu. pl. arc.*

XXIV. Quod si fundum, qui mihi cum alio communis erat, socius & extraneus possidebunt divisum inter se certis regionibus, ego ab utroque partis meæ partem petere debeo: quoniam in certis locis divisis necesse est aliquam partem meam esse, quam singuli possident: hæc Paulus in *L. Pomponius*, 8. *D. de rei vind.* Quæ distinctio, inquit, possidentium pro indiviso & pro diviso ideo in fundo communi a pluribus possesso adhibita est, quia neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet. Nunquam enim pro diviso aut res mobilis, aut hereditas possideri potest: hæc ille. Non res mobilis; quia quandiu integra manet, necesse est eam a singulis aut corpore pro solido possideri, aut intellectu pro indiviso: divisa, iam res esse desinit, quæ prius fuerat. Non hereditas; quia hereditas ius est, id est, res incorporalis. *Instit. de reb. corp. & incorp.* Quæ proinde in partes certas corporibus distinctas dividi non potest. Ipsæ res hereditariæ ut corporibus dividi possunt, ita & divisæ a pluribus possideri.

CAP.

C A P. V.

Finis & effectus actionis in rem, ut petitori restituatur res sua cum omni caussa: & quid hac restitutione contineatur.

In rebus delatis petitæ rei. XLIII.
In actionibus eadem de caussa possessori quæsitis. XLIV.
In fructibus & litis æstimatione ab alio per hunc possessorem acceptis. XLV.
In iis, quæ possessor a re distracta aut ablata accepit. XLVI.

I. Tribus locis expositis ad rectam institutionem actionis in rem pertinentibus, reliquus est postremus, in quo est finis huius actionis, ad quem potissimum petitio tota fertur, & cuius obtinendi caussa hæc actio comparata est. Hic finis & suum effectum iure adiunctum habet. Nam quod petit actio, id etiam iure obtinet officio iudicis: ut in quo loco finis huius iudicii est, in eo sit & iudicii effectus. Finis hic duplex, ut & in petitione hereditatis diximus: petitoris unus, alter rei & possessoris. Nam & reum hic quoque ius tuetur adversus iniuriam, si qua est, petitionis. A petitore finis actionis hic, quem & iure obtinet, ut res illi sua restituatur cum omni caussa: sic huius petitionis & restitutionis descriptio est in *L. Iulianus*, 17. *L. præterea*, 20. *L. qui restituere*, 68. *D. de rei vind.*

II. Rem cum omni caussa, seu caussam omnem actori restituendam esse est id, quod aliis verbis explicatius veteres dixerunt, restituendum esse omne quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res illi restituta esset: hoc sic explicatur [1] in *d. L. præterea*, *de rei vind. L. cum fundus*, in princ. *D. si cert. pet. L.* 2. *D. de usur.* sumptum ut videtur ex oratione D. Hadriani, qua hæc ipsa restitutio totidem verbis comprehensa est in petitione hereditatis, exstatque in *L. illud*, *D. de hered. pet.* Caussa sic appellata συνεκτικῶς, ut sit continens pro contento: caussa pro omni eo, quod in caussa, & petitione actoris versatur, ut obtineat. Id autem est & res ipsa, & id omne quod re restituta habiturus esset actor tum, cum res in iudicium deducta est: quod fit iudicio accepto, seu lite contestata. Qua ex ratione & significatione verbi Iulianus dixit, cum homo ex testamento petitus est, caussam eius temporis, quo lis contestabatur, repræsentari debere actori, in *L. quæsitum*, 91. §. *ultim. D. de leg.* 1. Hæc eadem caussa dici videtur caussa damni dati in *L. domum*, *C. de rei vind.* cum ita dicitur, domum petitam restituendam cum pensionibus & omni caussa damni dati. Non enim hic caussa damni dati significat damnum datum; sed damni dati æstimationem: cum constet non damnum restitui, sed id quod damni dati nomine præstatur. Hoc autem eodem modo in caussa & petitione versatur, ut illa quæ re restituta simul haberi potuissent. Quæ habere potuisset actor, ea primo sibi præstari postulat; in quo versatur commodum eius. Sed si non præstantur, ut sic in omnibus damno afficiatur, tum id damnum omne farciri, seu eius damni æstimationem sibi præstari postulat: quod plane eodem redit, atque adeo hæc idem valent. Quantum sit igitur, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res restituta esset, ad omnis caussæ restitutionem huius actionis propriam, videamus.

III. Et his verbis atque hac restitutione quatuor hæc continentur tanquam huius restitutionis partes: res ipsa petita, & ea quidem, ut restituatur in eadem caussa, in qua fuit, cum lis contestata est; rei petitæ accessiones; partus & fructus; tum lucra extrinsecus per caussam rei petitæ possessori obtingentia: sed omnia cum hac exceptione, dum ne petitor in his obtinendis postulet locupletior fieri cum incommodo possessoris. Quæ si omnia qualia sint, tenebimus, qualis sit hæc restitutio, & quanta, quam hic ad vim & potestatem iudicii quærimus, tenebimus.

IV. Ante omnia res petita restitui debet, *nec ad rem pertinebit*, inquit Ulpianus, *ex qua caussa possideat: sed ubi probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit ullam exceptionem. L.* officium, 9. *D. de rei vindicat.* Intelligit autem exceptionem unam aliquam ex iis, quibus petitorem in hac actione removeri, & possessorem defendi in horum personis diximus. Sed an semper res petita restituenda est a possessore, qui nullam exceptionem obiecerit? Distinguimus. Interest enim, utrum possessor cum quo actum est, possideat rem

1) *L.* 35. *L.* 75. *de V. S.* Restituere enim, ut Varro quasi retro statuere, vel constituere dicitur Gœd ad *L.* 22. *de V. S. n.* 12. *&* *ad d. L.* 35. *n.* 2. & restitutio, repositio in pristinum statum, qua obtinetur omne, quod abest. Menoch *Recup. poss praelud. n.* 6. Mercer in *L.* 16. *de pig. n.* 35. Cuius iuris originem in his actionibus in rem ex lege 12. tab. quæ fructus, duplione æstimat, deducit Cuiac. 6. QQ. *Papin. ad L.* 2. *de usur.* Nam quod vulgo receptum dicitur *d. L.* 2. id est ex æquitate *L.* 38. §. 4. *eadem tit.* A. Fab. 15. *Coniect* 1 ad actionem in personam solum pertinet, ubi ex stricti iuris ratione, Proculiani præstationem caussæ negabant. Cuiac. *d. loc.* *&* 7. *ad Afric. in L.* 37. *de Usufr.*

rem tempore rei iudicandæ, an vero non possideat, sive quod perierit res ipsa omnino, sive quod eam ille a se amiserit.

V. Si tempore rei iudicandæ possidebit, nihil hic excipimus, quominus rem tum a se possessam restituere debeat. Quo tamen loco de duabus caussis dubitatum est, quæsitumque, num hæ restitutionem quanvis tum possessæ rei impedire debeant. Quas ideo hoc loco paucis removeamus, ne quid isti restitutioni obstent.

VI. Una dubitationis caussa hæc est: quid enim, si possessor ita possidet, quo tempore res iudicatur, ut litis contestatæ tempore non possideat? dici enim potest, non videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit: *L. non potest, D. de iud.* eoque nec ad officium iudicis pertinere. *L. ut fundus, D. com. divid.* Et quod in petitione hereditatis, de hac parte adversus possessorem rerum hereditariarum ius esse diximus; idem servatur & in singularum rerum petitione, ut utroque in iudicio quod possessor post litem contestatam possidere cœperit, non minus veniat in restitutionem. *L. si quo tempore, D. de hered. pet. L. fin autem, §. 1. D. de rei vindicat.* De obiectione superiore satis in petitione hereditatis a me responsum est; quod & hoc loco responsum esse volo. Illud fortasse hic nos impediet, quod dicimus aliquem post litem in hac actione contestatam incipere posse possidere rem petitam, quam scilicet initio litis non posederit; cum supra posuerimus quod & verum est, actionem in rem non competere adversus eum, qui rem tum cum petitur, non possidet. *L. ultim. D. de rei vindicat.* Sed & de eo respondi eodem locu in petitione hereditatis ad hanc summam:, non esse actionem in rem adversus eum qui non possidet, si neget reus, & id agnoscat petitor. Sed his ᵃ casibus esse posse, si aut reus qui non possidet, omissa possessionis quæstione neget actorem esse dominum, & ita iudicium suscipiat; aut cum reus negaret se possidere, petitor id probandum susceperit, atque ita iudicium redditum sit inter eos. Quæ cum evenient, si inter moras huius iudicii & probationis reus forte nactus sit rei petitæ possessionem, tum vere dixerimus possessionem quæsitam esse post iudicium cœptum & litem contestatam. Et hæc illa res est, cuius nomine possessorem non minus teneri dicimus, ut restituat, quam si ab initio litis possedisset.

VII. Altera dubitationis caussa est ab usucapione. Quid enim, si possessor etiam ab initio rem possedit, quam nunc victus possidet, sed inter moras iudicii usucepit, usucapione suam fecit? an etiam suam factam debebit restituere? Propone hoc modo. Possessor fundum emerat, aut rem aliquam mobilem bona fide: ex quo ei procedebat rei possessæ usucapio, ut fundum quidem usucapere posset decem annis inter præsentes, rem mobilem triennio, ut est ius de usucapione. *Instit. de usucap.* in princip. Cum huic possessori unus annus deesset ad utriusque rei usucapionem, iudicio conventus est a domino: quod iudicium ita processit, ut intercederent toti tres anni, priusquam res iudicaretur. Ita inter moras iudicii unus ille annus, qui possessori deerat ad usucapionem, impletus est: quo impleto rem usucepit; neque illi obstitit lis prius adversus eum contestata; quia litis contestatione non interpellatur recte cœpta usucapio. *L. 2. §. ultim. D. pro empt.* In hac

a) Sed vix posteriori casui locus erit. Negando enim, reus plane declinat hoc iudicium, neque tunc aliud, quam possessio rei probanda petitori, quæ deinde transfertur, salva proprietatis lite, mutatis personis reorum, vid. *supra C. 3. N. 17.* Priori autem locus erit, etsi, nec se possessorem dixerit, litive se obtulerit, sed susceperit litem, quia putabat se possidere, ut *L. 9. §. 1. de exc. rei iudic.* Plane, & cum reus nulla parte litis possedit, si negata intentione actoris possidere eum putantis litem prosequutus sit, ac dominium petitoris probatum, sententiam secundum eum ferri, qua dominus declaretur, volunt. Eamque executioni mandari contra reum, quandocunque postea conventus possidere reperiatur sine nova actione, aut processu. *Gl. singularis in d. L. 9. §. 1. de exc. rei iud.* Coras. in *L. 12. §. 1. de acq. poss. P. 2. n. 27.* Sich. ad *L. 3. C. ad exhib. n. 4.* Zaug. *de Exc. P. 3. C. 17. n. 44.* Petr. Barbosa in *L. si insulam 24. §. ult. D. sol. matr. n. 13* & DD. vulgo quo plures citat Didac. Gomez. *ad Comm.* Ant. Gomez. avi sui in *L. Tauri 45. n. 4.* Quod licet inde sustineri eidem videatur, quia reus, litem contestando, & respondendo petitioni actoris, nec negando possessionem liti se offerre censetur, iuri tamen minime convenire puto. Nam si, nulla parte litis possidet conventus, alterum vindicationis requisitum, & extremum plane deficit. Et itaque frustra experitur actor *L. 36. pr. h. t. L. 24. §. 1. de iudic.* Nec liti se offert nisi qui dolose se possidere mentitur, ut *supra C. 3. N. 5.* Atque tunc vere condemnatur in æstimationem litis, cuius executio non differtur. Sed & *d. L. 9. §. 1.* de nova, & iterata quæstione loquitur, non de prioris executione, add. A. Fab. 12. *Coniect.* 14. Quare & si partem solum rei petitæ possidet conventus, quoad eam solam iudicium subsistet, licet DD. velint, & ratione alterius partis absolvi quidem reum quoad restitutionem: ferri autem sententiam declaratoriam dominii, itaque partim vincere, partim vinci actorem, Petr. Barbosa *d. loc.* Confer Guid. Papæ *Dec. 27.* Plane si qui se obtulit liti, post istam condemnationem, priusquam iudicatum faceret, ut æstimationem persolveret, possessionem rei restituendæ ipsius rei copiam nactus, quin ipsam rem, si hoc petitor malit, præstare debeat, vix ambigo arg. *L. 47. h. t.* & quia licet emptionis vice æstimatio litis: dominium tamen non transit, nisi cum eam pertulit reus, & persolvit arg. *§. 41. I. de rer. divis.* Contra, etsi præstare rem velit, ne æstimati nem præstet, vix audiendus erit, si petitor illam habere malit, & quia pœnam istam dolo suo fert, & quia obligatione iudicati, se præstatione alterius rei exsolvere non poterit. Siculi nec cui æstimatio ita persoluta est, ea pecunia refusa, rem, si ad eum possessio venerit, qui solvit, recipit *L. 63. in fin. h. t.*

hac ergo specie quærimus, si actor probaverit rem petitam suam fuisse initio litis contestatæ, an possessor convictus rem restituere debeat a se usucaptam, quanvis usucaptam inter moras iudicii. Quominus cogatur, videntur hæc obstare. Primum usucapione dominus factus est. *Inst. de usuc.* in princ. Iniquum est rem suam domino invito auferri. *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel alieni iur.* Idque & regula iuris diserte prohibet. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Deinde præscriptio longi temporis in re immobili huic possessori post litem contestatam est impleta. Hæc præscriptio dominum vindicantem summovet. *L. longi. L. emptor*, *C. de præscrip. long. temp.* Sed placet non proficere possessori hanc usucapionem, quominus rem petitori restituere debeat, & tradere, quo in eum denuo dominium transferat. *L. si post*, *D. de rei vindicat.* Ius ductum ex illo, quod supra posuimus, petitori omne restituendum esse, quod habiturus esset, si quo tempore lis contestata est, res illi restituta esset. Nam si ea de qua nunc agitur, tum esset illi restituta, eam nunc haberet, nec esset impleta usucapio. Quare etsi postea usucapta sit, tamen ex superiore regula non minus restitui debet. Nam quod dicitur domino rem suam auferri non debere, hactenus verum est, nisi acquisitio sit eiusmodi, quæ pro acquisitione non sit habenda: qualis est usucapio possessoris in re proposita. Debuit enim possessor rem restituere iam inde ab initio litis: quam si restituisset, non usucepisset; ut appareat eum nec usucapere debuisse. Quapropter si contra quam debuit, postea usucepit, æquum est eam usucapionem pro iusta acquisitione non haberi, nec illi ad rem retinendam quidquam prodesse. Et vero factum cuique suum, non adversario nocere debet, ut est regula iuris. *L. factum cuique*, *D. de reg. iur.* Quid, si etiam in iudicio accipiendo hoc convenit inter actorem & possessorem, ut possessor rem, quanvis postea usucepisset, petitori nihilominus restitueret; nonne æquum est conventionem servari? Et vero maxime servanda est, idque ipsum efficitur generali edicto de pactis. *L.* 1. *L. iurisgentium*, *§. ait prætor*, *D. de pact.* Atqui hoc ipsum initio litis inter eos convenit. Iudicio enim contrahitur. *L.* 3. *§. idem scribit*, *D. de peenl.* non sane alio genere conventionis & contractus, quam ut possessor caveat, præstaturum se, quod illum pro potestate iudicii præstare oportet. Quo efficitur & eum quanvis dominio rei postea quæsito sua illa conventione teneri, ut nihilominus rem restituat.

VIII. De præscriptione longi temporis respondent Imperatores in *L. nec bona*, *C. de præs. long. temp.* impleri quidem hanc post litem contestatam posse, sed tum impletam possessori non proficere: illud ipsum videlicet, quod nunc dicimus, usucapionem post iudicium acceptum impletam non prodesse possessori, quominus victus rem restituere debeat. *d. L. si post*, *de rei vindicat.* Iidem Imperatores de eadem re respondentes in *L. moræ*, *C. de rei vind.*. & idem illud confirmantes in summa, quod diximus, præscriptionem nimirum longi temporis, quæ initio litis contestatæ possessori non competierat, post litem contestatam prodesse ei incipere non posse; ea parte saltem dissentire videntur, quod dicunt præscriptionem hanc nec post litem contestatam induci: cum ante ipsorum verbis dixerimus induci quidem & impleri præscriptionem, verum impletam non proficere. Sic enim verba sunt: *moræ litis caussam possessoris non instruunt ad inducendam longæ possessionis præscriptionem*: quibus verbis significant, post litem contestatam moras litis ne eo quidem usque possessorem instruere, ut præscriptionem longi temporis inducant, id est, impleant. Nam quæ impletur iure præscriptio, ea & iure inducitur. Sed nihilominus his verbis idem illud, quod superius, exprimunt. Id enim sic accipiendum est, ut tum præscriptio longi temporis non inducatur utiliter & cum effectu, ut verba iuris cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. in fin. *D. de his qui sunt sui vel alien. iur. L. pen.* *§.* 1. *D. ne quis eum, qui in ius voc. est, vi exi.* Impletur enim, eoque & inducitur præscriptio re vera, sed possessori non prodest, ut est in *d. L. nec bona*. Est autem in primis animadvertenda ratio, qua Imperatores in utroque rescripto utuntur, ut probent impletam non prodesse: est autem hæc, quia præscriptio longi temporis initio opposita post litem contestatam in præteritum æstimatur. Id quale sit, ex verbis ipsius præscriptionis intelligetur. Nam præscriptio temporis hic exceptionem temporis significat. *L. penult.* *C. de præscrip. long. temp.* Qui ergo hac exceptione utitur initio litis adversus intentionem domini, non dicit, quia rem usucapiam, non teneor tibi actione in rem; sed non teneor, quia usucepi, vel quia per constitutum ad usucapiendum tempus recte possedi; verbis nimirum in præteritum tempus, non in futurum conceptis;

ceptis; & præteritum, quod ante litem contestatam præteriit, quo tempore exceptio obiiciebatur, non autem futurum quod litem contestatam sequetur. Et ita conditio est omnium exceptionum, ut non aliter prosint reo, nisi tunc, cum obiiciuntur, competant ex caussa aliqua & facto præcedente. Non est pacti exceptio ei qui dicit, ego non teneor, quia pacisceris mecum: sed ei qui dicit, non teneor, quia mecum pactus es, ne petas. Nec est exceptio rei iudicatæ de re, quæ iudicabitur postea, sed de re ante iudicata, eademque ratio est omnium exceptionum reliquarum: ut appareat constare omnem exceptionem verbis in factum præteritum, & quod litem contestatam antecedit, conceptis: ex quo tempore proinde exceptio sit æstimanda, ut si tum vera est, prosit, & actorem removeat: si non est vera, non prosit reo, quia nullam tum fuisse apparuit. Quod si ita est, recte dicitur, ei qui initio litis ad defensionem dixit se per longum tempus rem bona fide possedisse, impleri quidem longi temporis præscriptionem post litem contestatam, si postea longum tempus legitimum impleverit: sed hanc præscriptionem ita inter moras iudicii impletam ideo ei non prodesse, quia hæc præscriptio quæ secuta est postea, non est obiecta; sed illa, quæ initio litis contestatæ, tum scilicet cum obiiciebatur, competiit. Hæc autem in tempus ante litem contestatam præteritum æstimatur: quo tempore quia non fuit, nec competiit, prodesse omnino obiicienti non potest. Potuisset quidem obstare hæc ipsa, si per ius obiicere eam initio licerct, & esset obiecta. Sed ius non patitur; cum ut dixi, omnis exceptio tum, cum obiicitur, in præteritum tempus concipiatur, ex quo & æstimatur, non in futurum. Ratum sit igitur, possessorem, si rem petitam tempore rei iudicandæ possideat, omnimodo eam petitori restituere debere, ubi nullam exceptionem ab initio sibi competentem obiecerit: nec quominus restituere iubeatur, quidquam ei prodesse, quod eam rem forte initio litis non possedit, aut quod initio possessam postea inter moras litis usucepit; ita nullam rem ad recusandam restitutionem eum adiuvare.

IX. Quod si possessor tempore rei iudicandæ non possidebit, sive quod res periit, sive quod illi amissa est: quæritur, an quasi possederit, condemnandus sit, & cogendus litis æstimationem præstare, quia cum primum res petita est, non restituit. Et hic animadverti debet, utrum perierit res culpa possessoris, an casu.

X. Si culpa, hoc tenendum est, omnem possessorem etiam bonæ fidei, & qui nullam moram fecerit iudicium suscipiendo, post litem contestatam culpæ nomine petitori teneri; ut quocunque modo culpa eius res perierit, sive amissa sit, debeat condemnari eo nomine, & litis æstimationem pati. *L. qui petitorio*, 36. §. 1. *L. si culpa*, 63. *D. de rei vindic.* Nihil hic in genere culpæ distinguimus: quæcumque culpa est, omnem possessor petitori præstat post litem contestatam. Culpa duplex est, aut enim in faciendo est, aut in omittendo & negligendo: priorem nostri vocant factum; posteriorem negligentiam & desidiam. In faciendo culpa est, si quid fecit possessor, quo facto res periit, non facto non erat peritura: veluti, si navem a se petitam adverso tempore navigatum misit; si iumentum ita oneravit, ut oneri succumbens rumperetur. In negligendo culpa est, si quid non fecit reus, quo facto eum posset fieri, res salva esse potuit: veluti, si pecora aut iumenta non recte Inclusit, & ea exitu patefacto aufugerunt; si animal ægrotum non curavit, & ita interiit. Exempla sunt utriusque generis culpæ, quæ exstant in *d. L. qui petitorio*, §. 1. *de rei vindicat.* in quibus omnibus placet possessorem culpæ nomine teneri. Ergo etsi res mobiles petitæ furto quanvis artificioso subtractæ sint possessori, tamen is tenebitur nihilominus: quia rem furto amisisse culpæ magis attribuitur, quam casui fortuito: si quis enim diligentem custodiam adhibuisset rei servandæ, non esset furto sublata. *L. cum duobus*, §. *damna*, *D. pro soc.* Sed quod diximus factum possessoris, propter quod res periit, culpam esse, ita temperandum est, nisi is re usus sit ad eum usum, ad quem natura sua erat parata, & in eo recti usus modum servavit. Hoc qui fecit, extra culpam est, etsi postea per occasionem eius facti casu aliquo res perierit: veluti, si possessor navem petitam navigatum miserit trans mare, & ea perierit, dum miserit 3 tempore navigationis, & eam commiserit idoneis hominibus.

3) Unde notat Menoch. *Arbitr. Casu* 61. navigationis ineundæ periculum, de quo *L.* 3 *de don mort. ca.* non dici, cum oppotuno tempore, quis maria ingreditur, veluti a Calendis Aprilis, usque ad Calendas Octobris *L.* 3. *in fi. C. de naufrag. Lib.* 11. *tit.* 5. Veget. *Lib.* 4. *de re Milit.* quo æstatis beneficio, ventorum acerbitas mitigatur, ut Cuiac. *in d. L.* 3. Verum, non ea ratio *d.* §. 1 quod navigatio, sua natura, illo tempore periculum præ se non ferret, ut Menoch. *d. loc. n.* 8. sed quia navis ad id parata est, ut naviget *L.* 12. §. 1. *de Usufr.* Confer. Vasq. 1. *ill. Contr.* 20. *n.* 10. *&* *seqq.*

nibus. *L. utique, §. 1. D. de rei vind.* Ideo nec qui id fecit, navi amissa tenebitur, si sit is qui culpam solam præstare debeat, non casum fortuitum. De quo iam dicam.

XI. Si ergo res petita sine dolo & culpa possessoris periit casu, aut ei aliter amissa est, si quidem malæ fidei possessor est, tenetur nihilominus quasi res extaret: si bonæ fidei possessor, qui non temere litigarit, non tenetur: extat hæc distinctio in *L. illud, D. de hered. pet.* Cur ergo tenetur malæ fidei possessor, si quis roget, cum non videatur per eum factum esse, ut ita res periret petitori? Hæc ratio redditur ex constitutione veterum nota, quia culpa, cuius species est mora, perpetuat obligationem, proinde & obligationem iudicati. *L. si servum, §. sequitur, D. de verb. oblig.* Malæ fidei autem possessores, ex quo primum mala fide rem tractare cœperunt, moram in re restituenda facere intelliguntur. *L. ultim. D. de condit. fur. L. penultim. D. unde vi.* Cur contra bonæ fidei possessor ob eundem casum non tenetur? Quia si iuste ad iudicium provocavit, moram non facit. *L. si quis solutioni, D. de usur.* Quo fit, ut nulla culpa interveniente, quæ perpetuet obligationem, necesse sit re, quæ præstari debebat, amissa possessorem liberari. *L. si ex legati, D. de ver. obl.* Hinc alia distinctio veterum de hac ipsa re, quæ aliis verbis utens idem exprimit, & prioris distinctionis caussam explicat. Distinctio hæc est. Si res petita periit sine dolo malo & culpa possessoris; si quidem is in re extante restituenda moram fecit, tenetur nihilominus, quasi res extaret, mora illi hanc præstationem perpetuante. Non sane ut rem præstet moram passo, quæ res non extat, sed ut rei pretium. Sin moram non fecit, possessor fatum non præstat, sed eo interitu liberatur: extat hæc distinctio in *L. item si. 55. §. pen. & ult. & L. utique. seq. D. de rei vindicat.* Quis autem possessor moram facit? Iam dixi malæ fidei possessorem. Is autem est, qui iam ante litem contestatam mala fide possedit, sciens rem ad se non pertinere; quales sunt maxime fures & prædones: ad quos ideo & superior definitio de interitu præstando præcipue pertinet. *d. L. ult. D. de cond. fur. d. L. pen. D. unde vi.* In eadem caussa est bonæ fidei possessor post litem contestatam, si non iuste ad iudicium provocavit: puta, si evidentibus rebus convictus rem ad petitorem pertinere, litigare maluit, quam rem restituere. *L. si quis solutioni, D. de usur. L. nemo rem, 82. §. 1. D. de verb. obli.* & hunc quoque casum præstare debere significatur in *d. L. illud, D. de her. pet.* Contra quis est, qui lite contestanda moram non facit? Qui cum ante bona fide possideret, convenitus iuste ad iudicium provocavit. *d. L. si quis solutioni, de usur.* Et is iuste provocasse intelligitur, qui nullam caussam habuit, cur certo existimare deberet petitorem dominum esse, ut se esse intendit; nec debuit in ea ignorantia indefensum ius suum relinquere. *d. L. si quis solut. de usur.* Atque hunc re perempta casum non præstare, diserte scriptum est in *d. L. illud, de her. pet.* Atque hinc est, quod si servus petitus, qui custodiri non debuit, cum integræ opinionis videretur, fugerit a possessore bonæ fidei, placet possessorem absolvi debere. *L. si a bona, 21. D. de rei vind.* Quippe fugæ servorum, qui custodiri non solent, numerantur inter casus fortuitos. *L. contractus, D. de reg. iur.* Sed adiicitur hoc casu, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere fore, si rem nactus fuerit, ut eam restituat. *d. L. si a bona.* in fin.

XII. Sed habet utraque pars distinctionis huius nonnihil dubitationis: quod breviter diluendum est. Volumus malæ fidei possessorem, qui idem in re restituenda moram fecit, quanvis res sine dolo & culpa eius perierit, nihilominus teneri, & hoc damnum præstare moram passo. Atqui ea regula, quam initio de totius rei restitutione posuimus, nihil amplius exigit a possessore, quam ut restituat id omne, quod petitor habiturus foret, si tempore litis contestatæ res restituta esset. Iam vero ubi res petita recte & diligenter custodita nihilominus casu fatali periit, ut animal morte, ædes fulmine, fundus chasmate; hic æque petitor rem habiturus non esset, atque possessor eam non habet. Hæc enim cum a Deo certo iudicio & constanti immittantur, æque petitore rem receptam possidente evenissent. Facere igitur videtur ea regula, ne hunc casum etiam malæ fidei possessor præstet? Contra quam volumus. Sed nihil tale hæc regula efficit. Immo illud potius, malæ fidei possessorem, & qui moram fecit, casum fortuitum præstare debere. Periisset etiam petitori illo casu corpus rei, si eam sibi retinuisset: sed haberet rei pretium, si eam receptam distraxisset. Quod quia facere potuit, etiam eum facturum fuisse interpretamur adversus frustratorem. Et

hoc

hoc ita explicat Ulpianus ad diluendam videlicet superiorem obiectionem in *d. L. item si.* 15. in 4 fin. *& rei vindic.* quod & fecit aliis duobus locis. *L. item veniunt*, in fin. *D. de hered. pet. L. cum res*, *§. ultim. D. de leg.* 1. Rursum eidem parti adversari quis existimet, quod Paulus in *L. utique.* 16. in princ. *D. de rei vindicat*. Ita scribit. *Non enim post litem contestatam utique & fatum possessor præstare debet*. Videri enim possit hæc oratio esse generalis, & affirmanter hoc definire, post litem contestatam a nullo possessore fatum seu casum fatalem præstari. Sed non ita est. Particula hæc, utique in oratione affirmativa totum generaliter affirmat: exempla in *L. non solum.* 13. & *d. L. utique*, statim in princip. *D. de rei vindicat.* In oratione negativa, præcedente particula non, orationis vim & generalitatem imminuit, & hoc, *non utique*, valet, non indistincte, non omnimodo, non necessario, non per omnia. Ut in hoc exemplo; si rem dederim, ut mihi aliam des, Paulus scribit, si non des, non in hoc agi utique, quod nostra interest, in *L.* 1. in fin. *de rer. perm.* Ubi constat hoc significari, non omnimodo, & necessario ac sine exceptione agi in id quod interest; sed & quod dedimus, condicere nos posse. Nam alioqui etiam in id quod interest nobis datum esse id, de quo convenit, constat agi posse. *L. naturalis*, in princ. illic, *fin autem. D. de præs. verb.* Id ipsum sentit idem Paulus in *d. L. utique*, cum ait; *non utique & post litem contestatam possessorem fatum præstare debere*. Prius enim dixerat etiam mortuo homine necessariam esse sententiam propter fructus & partus, & stipulationem de evictione. Cur non dixit necessariam esse & propter hominem qui mortuus est? Hoc enim statim quæreret aliquis, Occurrit igitur ipse, & ostendit consulto se mentionem hominis mortui omisisse, quia non item generaliter definiri potest de eo necessariam esse sententiam, ut de fructibus & partu. *Non enim utique*, inquit, id est, non semper, non per omnia, & indistincte, *post litem contestatam fatum possessor præstare debet*.

XIII. Altera parte distinctionis superioris volumus bonæ fidei possessorem, qui iuste ad iudicium provocando moram non fecit, re casu perempta non teneri, & ut Paulus loquitur, *fatum non præstare*. An non vero huic sententiæ aperte adversatur, quod traditur, post litem contestatam omnes incipere malæ fidei possessores esse, ex illo omnes possessores pares fieri, & teneri quasi prædones? Hoc enim totidem verbis scribit Ulpianus in *L. sed etsi*, *§. si ante*, *D. de hered. petit.* Scimus autem, & iam ante admisimus, malæ fidei possessorem qui moram fecit, re petita quanvis casu perempta, nihilominus teneri. *L. illud. D. de hered. petit. L. item si*, in fin. *D. de rei vindic.* Quod si is qui ante litem contestatam bona fide possidebat, post litem contestatam incipit & ipse eodem loco esse, & quasi prædo teneri; an non hoc dicitur, etiam hunc omnem quisquis est, post litem contestatam, interitum rei casu amissæ pariter præstare debere? Sane hoc dicitur, si superius illud Ulpiani generaliter dictum accipimus: nec caussa dici potest, quin hoc sensu posteriori illi distinctionis parti de fato & casu non præstando aperte adversetur. Sed animadvertendum est, quod Ulpianus dicit, post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi prædones teneri: non simpliciter ab illo dictum accipiendum esse; sed ita, ut omnes pares sint, & proinde quasi possiderent, condemnandi in eo, quod fecerunt, quominus possiderent. Id enim diserte expressum est senatusconsulto quod factum est de petitione hereditatis, cuius clausula huc pertinens, refertur in *L. sed etsi*, *§.* 1. & explicatur deinceps. *D. de hered. pet.* Et ad huius clausulæ interpretationem superior sententia de possessoribus omnibus post litem contestatam comparandis collata est ab Ulpiano in ead. *L. sed etsi*, *§. si ante*. Quod sane extra conditionem clausulæ neque verum est, neque etiam longius produci debuit. At solum tunc possessor fecisse videtur, quominus possideret, cum aut moram fecit in re restituenda, quo casu ademit petitori habendi pretii facultatem; aut sine mora res culpa eius periit. Quare si neque possessor fuit in mora, nec culpa eius res periit, sed casu; sicut dici non potest per eum factum esse, quominus possideret; ita & illud constat, eum qui in ea caussa sit, verbis senatusconsulti non teneri, ut casum præstare debeat, & quasi possideret, condemnari.

XIV.

4) Ubi non excludi casum, quo distracturus non sit: verum exemplum poni vehementis absurditatis scribit Forcat. *de Mora P.* 2. *n.* 43. Facile enim credetur asserenti se distracturum, nec facilis probatu possessori negatio, cum iura contra morosum perpetuo male suspicentur pro petitore, Forcat. *d. loc.* unde non probandum, quod Sebast. Medic. *de Fort. casib. P.* 2. *Q.* 12. *n.* 14. vult deducendum esse petitori, rem sibi non perituram. De quo alibi plenius. Minus audiendus A. Fab. 16. *Conject.* 19. verba *d. §. ult. si forte distracturus erat petitor, si accepisset* Triboniano adsignans.

XIV. Ex his apparet, de restitutione rei petitæ amissæ summam hanc esse, cum res petita periit, amissave est aliter possessori, possessorem in eo duas res petitori præstare debere, moram & culpam. Moram, ut quanvis res sine dolo & culpa eius perierit, teneatur tamen nihilominus, si moram in ea restituenda fecerit: quod contingit malæ fidei possessoribus sine exceptione; bonæ fidei autem possessoribus iis, qui non iuste ad iudicium provocarunt. Culpam, ut quanvis quis possederit bona fide, & iuste ad iudicium provocarit, ut sic moram non faceret, si tamen res vel minima culpa eius perierit, sic quoque vel maxime teneatur. Quod si nec moram fecit possessor in re petita restituenda, qualis est bonæ fidei possessor, quem modo dixi, neque res periit eius culpa, sed casu, is demum est, quem non teneri volumus, quem eumdem dicimus casum non præstare.

XV. Interdum tamen etiam malæ fidei possessor, idem qui in re restituenda moram fecit, re casu amissa non tenetur, ut aut rem præstet, aut rei æstimationem. Quod duobus casibus receptum est: quorum ratio ex superiore regula, quæ de restitutione huius iudicii posita est, ducitur. Unus casus est, si res quæ casu periit, eodem modo peritura fuerit apud petitorem: exstat hæc exceptio duobus locis. *L. item si cum*, *§. pro eodem*, in fin. *D. quod met. caus. L. si plures*, in fin. *D. depos.* Sed rem eodem modo apud petitorem perituram sic accipere debemus, quæ & ad corpus rei, & ad rei pretium illi pariter peritura fuerit: quod contingit, si & res perierit casu fatali, quo apud omnes possessores eodem modo peritura esset, ut si animal natura demortuum sit, ædes tactæ de cœlo conflagrarint, fundus chasmate perierit; & is fuerit petitor, qui rem quanvis receptam non esset distracturus, puta, si fundus petitus fuit minoris: constat enim prædia minorum ubi æs alienum non urgeat, alienari non posse. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quæ duo ideo hic exigimus, quia alio casu, ut prædonum, latronumve impetu, non continuo apud petitorem res eodem modo peritura esset; & si esset corpore peritura, si tamen petitor eam distrahere potuit, non videtur illi peritura fuisse, cuius pretium habere potuit. Unde & huius pretii nomine possessorem teneri moram passo ante diximus. At cum superius utrumque concurret, tum vere dicetur eiusmodi casu futurum fuisse, ut petitor re etiam ab initio restituta, tamen neque rem, neque eius pretium haberet. Iam autem illud constitutum est, nihil amplius petitori restitui debere, quam quod habiturus esset re tempore litis contestatæ restituta. Alter casus est, quo etiam malæ fidei possessor rei amissionem, quæ culpa caret, non præstat, si rem ex necessitate distraxit: puta ovem aut vaccam ægram, cuius tantum caro usui esse potuit ad edendum: aut fructus corruptioni proximos, & ut hæc facilius emptorem invenirent, vendidit modico. Hoc casu scribit Ulpianus possessori officio iudicis succurri, ut pretium dumtaxat debeat restituere: significans eum de re distracta, at vera æstimatione rei non teneri. *L. 5 item si, 15. §. 1. D. de rei vind.* Nempe quia & hic intervenit casus, qui sine

5) Loquitur enim *d.* §. 1. de distractione, quæ fit, lite proprietatis pendente. Neque quæstio ibidem aut dubium, an pretium restituendum sit, sed an id duntaxat, anne solida rei æstimatio. Humanumque quid pati videntur, qui de casu, quo ante litem motam res vendita, *d.* §. 1. exaudiunt, dum statuuot venditorem teneri ibi, ad pretium, non actiooe reali, sed in subsidium, re perempta, vel usucapta, condictione ex lege. Iac. Scult. *Addit. ad* Mod. Pist. *P.* 2. *Q.* 60. *n.* 14. *&* *n.* 21. Sed nec officio iudicis vindicationi cohærente efficitur, ut teoeatur, ad hoc, qui distraxit, ceu Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 25. *n.* 13. *p.* 624. verum officio iudicis succurri dicitur *d.* §. 1. non petitori, (ut præstetur, quod oaturæ actionis non consequens videtur) sed reo convento, oe (quod naturæ vindicationis consequens videbitur) ad amplius teneatur. Proinde inferri ex *d.* §. 1. nequit, quod & lucrum quod ex fructibus bonæ fidei, ante litem motam consumptis, superest booæ fidei possessori, cohærente vindicationi officio, præstari possit. Sicuti nec eorum opinio LL. iurisque rationi convenit, qui & bona fide emptorem, si rem alii nondum conventus iudicio, vendiderit, ad pretium teneri domioo, statuunt Virgil. Pingicz. *Q.* 40. *n.* 33. *& seqq.* uti, & quod, si rem bona fide consumpsit, inque usus vitæ necessarios, teneatur domioo ad restitutionem tantæ pecuniæ, quantum alias ex suo impendisset, quia in eam locupletior sit effectus, Pingicz. *ibid. n.* 24. *& seq.* Quomodo L. psiæ iudicarunt testatur Modest. Pistor. *P.* 4. *Q.* 57. putans dari condictiooem pretii, seu æstimationis, re consumpta, per *L.* 32. *de reb. cred.* & arg. *L.* 31. *Depos.* Facilius tamen huic actioni locum esse concederem, quam, cum Pingicz. negotiorum gestorum iudicio. Si ex æquitate generali, arguit Pistor. illic depositarius reddere tenetur reio domino, quo cum non cootraxit, ex eadem & hic. Sed num par utrobique ratio sit, alii viderint. Plane, si quid hic contra meri iuris rationem, quo certæ actionum caussæ proditæ, quibus cessantibus, nulla oritur, ex nuda æquitate indulgendum domino: id in eo tantum, quod pretium a bonæ fidei possessore pro re antea expensum excedit. Veluti si pluris vendiderit, quam ipse emit: si plus commodi, ex re perceperit, quam ex pecunia, quæ vicissim abest, probabiliter percepisset: Nec alio casu, quam quo spes recipiendæ rei a novo possessore abscissa. Nam nec in interiori conscientiæ foro ad plus teneri recte ceoset Covar. *in Relect. C. peccatum de R. I. in 6. P.* 3. *pr. n.* 4. vers. *Quorum* & Usill. *in* §. *sic itaque* 14. *I. de act. n.* 14. *& seq.* teoeri venditorem rei alienæ, non nisi ad augmentum pretii, quod ipse pro ea re alii dedit. Nam ut in plus teneatur, æquitas certe deficit, ut mirer contra visum fuisse exacti alias iudicii Iurisconsulto, & prærogatæ auctoritatis viro, Virgilio Pingiczero *d. loc.* Qui enim lucrum facere videor, si quantum mihi parte una accedit, tantundem alia decedit. Sed & oihil est, quod hic imputari possit ei, qui vendidit, iure suo se facere existimans, immo qui vere iure suo fecit, cum rei alienæ venditio ab ignorante facta iniusta haberi non debeat, etsi domino non obsit, quin oovo emptori evincat quem

ſine dolo & culpa poſſeſſoris rei amiſſionem attulit, quam eamdem & petitori ipſi attuliſſet, niſi vellet omnino ſibi rem perire. Sane quod rem diſtraxit poſseſsor, caſus non eſt. Sed quod res in ea cauſsa fuit, ut ſine periculo interitus ſervari non poſset, is caſus eſt, qui neceſsariæ diſtractioni cauſsam præbuit.

XVI. Atque hæc poſseſsori reſtituendæ rei petitæ neceſſitas eſt, ſive poſsideatur ab eo, ſive non poſſideatur. Faciamus rem exſtare, & paratum eum reſtituere. An eſt hoc ſatis ad liberationem, ut ne amplius de re ipſa petita teneatur? Minime. Hoc amplius exigimus, ut res reſtituatur in eadem cauſsa, quæ futura eſſet ſi reſtituta res eſset tempore litis conteſtatæ, id eſt, ut talis reddatur, qualis eſt cum petitur: hoc ex *L. 2. D. de uſur.* ductum ex illo ſuperiore, quo volumus petitori reſtitui, quod habiturus eſset re initio litis reſtituta. Tribus autem modis fit, quominus res talis reſtituatur: oppigneratione, manumiſſione, rei corruptione. Oppigneratione, ſi poſſeſſor rem inter moras iudicii a ſe uſucaptam poſtea oppigneravit. Recte hoc modo ab eo qui dominus erat, oppignerata ſic tenetur creditoribus, quibus noxa eſt, ut poſſet ab his vindicari, & omnibus deinceps poſſeſſoribus evinci. In quibus erit & petitor, ſi res ita oppignerata quandoque illi reſtituatur. *L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pig.* Non fuit autem res in hac cauſſa, cum petebatur. Quid fiet, ſi talem reſtituat poſseſsor? Non liberari conſtat. *L. ſi poſt, D. de rei vind.* At quatenus? Non ſane magis, quam ſi omnino non reſtituerit. Non enim videtur reſtitui & capi a domino, quod illi ab alio auferri poteſt. *L. non videtur quiſquam, D. de reg. iur. L. aliud eſt capere, D. de verbor. ſignific.* Manumiſſione idem fit, & multo magis, ſi ſervum petitum inter moras litis a ſe uſucaptum poſſeſſor manumiſerit. Manumiſſione enim deſinit homo eſse in bonis noſtris, & quidem ita ut revocari non poſſit in ſervitutem, *tit. C. ſi adver. lib.* Quod ſi eſt, non poſſit eum poſseſsor, ne ſi velit quidem reſtituere, & facere, ut petitor iterum habere incipiat: quam ob cauſsam multo minus quam ſupra manumiſso reſtituto liberetur. *d. L. ſi poſt, D. de rei vind.* Rei corruptione idem accidit, ſi res reſtituatur facta deterior: ut ſi debilitatum animal, aut vulneratum poſseſsor reſtituat. Quo caſu ita eum [6] teneri placet, ut re reſtituta, etiam quanto deterior facta ſit, tanti condemnetur. *L. non ſolum, 13. D. de rei vindica.* Et quoniam hæc facta poſseſsoris tempore reſtitutionis latere poſsunt; adverſus hoc periculum proſpectum eſt petitori, ut non aliter liberetur poſseſsor rem petitam reſtituendo, quam ſi ſimul caveat nihil a ſe in ea re dolo malo factum eſse. *d. L. ſi poſt. L. præterea,* in fin. *de rei vind.* adde & culpa, ex *L. ſi homo, 45. D. eod.* Quæ cautio eo pertinet, ut ſi poſtea paruerit rem fuiſse oppigneratam a poſseſsore, aut manumiſsam, aut culpa eius deteriorem factam, is hac cautione teneatur in id, quod petitoris intereſt rem recte reſtitutam fuiſse.

XVII. Notandum in re petita deteriore facta a poſseſsore, non tantum eum eo nomine teneri actione in rem iam ante inſtituta; ſed etiam, quod conſtat, legis Aquiliæ actione de damno dato conveniri poſse. Inde quæſitum, an poſſit petitor utraque hac experiri adverſus poſseſsorem. Et placet poſse utraque; non tamen ſimul, ſed ſub electione, ut poſſit alterutra, prout hanc aut illam elegerit; idque hac lege, ut ſi velit petitor in iudicio rei vindicationis æſtimari damnum, non aliter audiri debeat, quam ſi [7] caveat deſideranti poſseſsori ſe lege Aquilia non uſurum. Quod ſi malit actor poſſeſsore hanc cautionem deſiderante, lege Aquilia experiri, ut ſic duplum ab infitiante conſequatur, placet poſseſsorem in iudicio rei vindicationis abſolvendum, ut ſic una ſit tantum actio ex ſuperioribus adverſus poſseſsorem: hæc in *d. L. non ſolum*

quem convenire debet, non venditorem *L. 1. C. ubi in rem act.* Facit *L. 1. §. ult. de diſtr. pig.* Quod ſi in caſu *L. 36. de cond. indeb.* naturaliter æquum, ut eam pecuniam, quam alteri crediderat rem ibi a ſervo commodatam pro debito oppignoranti, ab eo ſervo, qui commodaverat ſolutam retineat, ne hic iniquum videtur &c. Magis miror, qui Iuris prudentiſſimus Hart. Piſt. *Lib. 4. Q. 25.* permotus fuerit, ut nec fructus ullos conſumptos plene lucrari bonæ fidei poſſeſſorem, quique ex cauſſa oneroſa tenet, operoſe adſtruere nitatur. Quod exactius forte in commentatione, quam inſtitui de bona & mala fide, excutiam. Enim vero, ut rei vindicationis iudicio condemnetur, qui ſine dolo, vel culpa poſſeſſionem amiſit, nulla ratione eveniet *L. 27. § 1. h. tit. d. L. 1. C. ubi in rem act.* uti nec officio iudicis et cohærens, quod ſubſtantiali eiuſdem naturæ adverſari non poterit: Quæ eſt, ut teneat poſſeſſorem, quive iure pro poſſeſſore. Talem vero cenſeri, qui rem opinione, & affectu domini diſtraxit, utendove conſumpſit, nunquam efficies. Neque etiam audiendos puto, qui ſentiunt poſſeſſione ſine dolo amiſſa, actorem pronunciari dominum, cuius vi poſtea reo, ſi rem rurſus cœpit poſſidere, poſſeſſio auferatur, ut ex Villalob. Vigel. *Meth. iur. contr. Lib. 3. C. 13. Reg 31. exc. 4.* Nam *d. L. 27. §. 1.* abſolvendum hoc caſu poſſeſſorem dicit. Abſurdum autem iudicati exſecutionem dari in abſolutum. Novo itaque hic iudicio opus *L. 9. §. 1. de exc. rei iud.* confer *ſupra N. 2.*

6) Confer *ſupra Lib. 16. Cap. 3. n. 5. & 6.* Gœd. ad *L. 14. de V. S. n. 6. & ſeqq.*

7) Qua de re forſan quædam tractabo *infra Lib. 21 Cap. 3.*

solum, 13. in fin. *L. quod si malit. seq. de rei vind.* Adeo autem possessor in proposito ob rem deteriorem factam tenetur actione legis Aquiliæ, ut quamvis res, postquam a possessore deterior facta est, sine culpa eius ex alia caussa perierit, & quidem ita, ut ille eum interitum non præstet (finge bonæ fidei possessorem fuisse, qui iudicium accipiendo moram non fecerit) ipse quidem liberetur in totum actione in rem, etiam quatenus res deterior ante facta erat; cæterum legis Aquiliæ actione perpetuo teneatur: hoc in *L. sin autem*, §. *si homo*, *D. de rei vindic.* Est enim actio in rem de re ipsa petita: a cuius interitu liberatus possessor ne æstimationem quidem totius rei debet: multominus partis. Actio autem legis Aquiliæ est de damno dato: quod damnum manet, quamvis res in qua damnum datum erat, perierit.

XVIII. Rem petitam proxime sequuntur ad restitutionem rei petitæ accessiones. Sic nunc proprie vocamus ea, quæ aliunde rei petitæ accesserunt; eique cedunt, ut per caussam huius accessionis ei acquirantur, qui & rei petitæ dominus est. Quæcunque hæc erunt, eiusmodi sunt, ut ea petitor, idemque dominus habiturus fuerit iure & beneficio rei suæ, si & res sua initio litis restituta esset. Pertinent igitur & hæc ad legem communem supra a nobis positam de restitutione, ut si quid istorum rei petitæ post litem contestatam accesserit, id omne cum re quæ initio fuit, restitui debeat: quod & placuit. Huiusmodi est, si per alluvionem pars fundo accesserit. *L. idem*. 34. *D. de rei vind.* Ergo & insula in flumine nata, quæ vicino agro petito cesserit: item alveus prior fluminis desertus a flumine: de quarum accessionum iure est in §. *præterea*, §. *insula*, §. *quod si naturali*, *Inst. de rer. divis.* Huiusmodi & usufructus alienus, qui inter moras iudicii ad proprietatem nudam rei petitæ rediit. *L. fructus*. 33. in fin. *de rei vindic.* In eadem caussa est ædificium in area petita positum. *L. si in area*, *C. eod.* In eadem fructus pendentes, quisquis eos severit. *L. si quis sciens*, *C. eod.* Ad quod significandum haud dubie referri illud debet, quod dicitur in *L. fructus*, 44. *D. eod.* fructus pendentes partem fundi videri. Quorsum enim hoc, nisi ut intelligatur, quia res petita tota restituenda est, etiam hanc partem in toto restitui debere?

XIX. Post hæc tertio loco eadem restitutionis lege continentur [8] fructus & ancillarum partus. Quæ duo ideo distinguimus, quia etsi partus ex re nascitur, ut fructus; tamen sic obtinuit, ut partus ancillæ non habeatur in fructu. *L. ancillarum*, *D. de her. pet. L. vetus*, *D. de usufr.* Sic tamen hæc specie distinguuntur, ut una sit de utroque & communis restitutio. Itaque quod de fructu dixero, idem intelligetur de partu. De fructibus post litem contestatam adversus possessorem æstimandis sex ista numero quæruntur. Primum quid sit fructus, quem volumus in hanc restitutionem venire. Secundo an omnes fructus restituendi sint, non solum percepti, sed etiam non percepti, qui percipi potuerunt. Tertio an restituendi ab omnibus possessoribus etiam qui iusto titulo possident, puta ab emptoribus. Quarto an omnium rerum fructus restituendi. Quinto ex quo tempore restituendi. Postremo ad quod usque tempus eorum ratio habenda. Quorum de singulis eodem ordine breviter dicemus.

XX. Primum quærimus, quid sit fructus, quem intelligamus in hac specie venire in restitutionem. Est autem fructus generaliter omnis obventio, omnisque reditus, qui quovis modo ex re aliqua percipitur. *L. usufructu*, 7. in pr. *L. item si*. 9. in pr. *D. de usufr.* Fructuum genera duo: quidam natura proveniunt: quidam percipiuntur iure: auctor Papinianus in *L. si navis*, 62. in prin. *D. de rei vind.* Natura proveniunt, qui ex re nascuntur, sive nascantur sponte naturæ, sive adhibita hominum opera & cultu: ut ex agris segetes, ex pratis fœnum, ex arboribus poma, ex animalibus fœtus, lac, pilus, lana. Iure percipi dicuntur, qui ex re non nascuntur, sed quasi nascantur, ita percipiuntur ex usu & locatione rei petitæ: cuiusmodi sunt mercedes, quæ rediguntur ex vecturis navium, plaustrorum, iumentorum, ex operis servorum,

8) Plura hic suppetunt, quæ subnotare possem. Sed quia hoc argumentum perfectius exsequi institui in tractatione, quam de bona, & mala fide aliquando, si Deus vitam, viresque dederit, adornabo, & emittam, ea opera nunc supersedeo, cum & hic libri mole, me circumscribi sentiam. Satis interim sit, auctores eos solum, qui plenius attigerunt, iudicasse, ut Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. n 414. & *seqq.* & *Remed.* 15. n. 576. & *seqq.* Rebuff. *Tr. de Fructibus & eor. restitutione Tomo* 3. Loriot. & Copus *de Fructib.* Rulant. *Thesauro fructuum*. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 104. Wes *ad h. t C. n.* 61. & *seqq.* Vult. 1. *Disc.* 20. Vasq. 3. *Controv. usu freq.* 70. *ac seq.* Pinel. in *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2 *C.* 4. Perrenon. 1. *Animadv.* 5. Bus. 4. *Subtil.* 13. Fachin. 1. *Controv.* 56. & *seqq* Bocer. *III Q. de Fructib subiecta tractat. de crim. læs. maiest.* Wes. *Cons.* 99. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 25. & 3. & *seqq.* Iac. Scult. *Q. Pract* 28. 31. & *seq.* & *Q.* 35. &c. add. *supra Lib.* 4. *C.* 24. & 2. *seqq.*

vorum, pensiones prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum; quæ omnia ita annumerantur in fructu, ut tamen proprie fructus non sint, utpote obvenientia extrinsecus, sed magis sint loco fructuum. *L. mercedes*, *D. de her. pet.* Cuiusmodi sunt & usuræ: quæ ideo vicem fructuum obtinere dicuntur. *L. usuræ*, *D. de usur.* Appellantur tamen & hæc fructus, *d. L. si navis*, 62. *de rei vind. L. cum servus*, 39. §. 1. *D. de leg.* 1. sed ideo, quia iure fit, ut in fructu rei habeantur. *d. L. si navis*. Dicuntur autem iure percipi hæ obventiones, quia actione constituta exiguntur ab iis, qui res conduxerunt: hæc autem actio iure constituitur. A iure igitur hæc exactio; atque hinc etiam perceptio. Hos omnes fructus adversus possessorem æstimari placet, & in restitutionem venire. In petitione hereditatis constat. *L. sed etsi*, §. *ult.* & 4. *LL. sequ. D. de her. pet.* Sed non minus hoc idem servatur in rei vindicatione. *L. fructus*, 33. *d. L. si navis*, *de rei vindic.* Excipiuntur usuræ: quæ cum, ut dixi, habeantur in pecuniæ fructu; tamen pecunia petita, si possessor pecuniam non attigerit, non præstantur. *d. L. si navis*, in prin. De quo amplius paulo post, cum quæremus, quarum rerum fructus restituendi sint.

XXI. Secundo loco quærimus, an in his fructibus, qui natura & iure tales habentur, restituendi sint non solum percepti, sed etiam non percepti, qui percipi potuerunt. Et placet [9] utrumque genus post litem contestatam æstimandum. *L. fructus*, 33. *D. de rei vind. L.* 2. *C. de fruct. & lit. exp.* Idque consequens est illi regulæ, quam iam sæpe dicimus universæ huic restitutioni positam esse, restituendum esse petitori omne, quod habiturus esset, si res restituta esset, quo tempore lis contestata est. Re enim tum restituta, haberet cum fundo petito etiam fructus, qui ex fundo percipi potuissent; quoniam & ipse pro iure suo percepisset. illud meminisse debemus hoc inter perceptos fructus, & non perceptos interesse, quod possessores post litem contestatam perceptos fructus restituunt omnes, quanvis perceptos non honeste, ut pensiones ex lupanario. *L. ancillarum*, in fin. *L. si possessor*, *D. de her. pet.* Non perceptos autem nemo, nisi qui honeste percipi potuerunt. *d. L. fructus*, 33. *de rei vind.* Cuius differentiæ rationem reddidi pluribus in petitione hereditatis. Verum hæc est summa, quod non videntur percipi posse fructus, qui turpiter quæruntur; interpretatione iuris recepta, qua non existimantur fieri posse, quæ honeste non possunt. *L. filius*, *D. de cond. inst.*

XXII. Sed fructus qui percipi potuerunt, oratio ambigua est. Possunt enim intelligi, qui percipi potuerunt a possessore; possunt, & qui percipi potuerunt a petitore. Neque vero utrum dicamus, parum interest; non solum quia sæpe alia atque alia est diligentia & industria utriusque, in re possessa exercenda, colendaque; sed etiam quia in pari diligentia sæpe facultas dissimilis. Possunt enim interdum percipi a possessore, qui non possunt a petitore; & contra percipi a petitore, qui a possessore non possunt. Utrum ergo intelligimus? Res definita est in *d. L. si navis*, §. *ult. de rei vind.* his verbis: *generaliter cum de fructibus æstimandis quæritur, animadverti debet, non an malæ fidei possessor fruiturus sit* (quales omnes esse incipiunt post litem contestatam. *L. sed etsi*, §. *si ante*, *de hered. pet.*) *sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset.* Et recte. Non enim hic quærimus, quid possessor habere potuerit, sed quid petitor, cui soli hac restitutione consultum volumus: præsertim cum ita statuamus, petitori id solum restituendum, quod habiturus esset re initio litis restituta. *L. præterea*, *de rei vindicat.* Personam petitoris non possessoris hic spectandam cum dicimus, id hanc vim habet, ut si quos fructus percipere potuit petitor, hos omnes possessor restituere debeat, quanvis forte ipse percipere non potuerit: ut, si proponas eum ab extraneo deiectum esse de fundo, atque vi prohibitum, quominus fundo frueretur. Sed & hoc in contrarium valet adversus petitorem, ut si is iure frui non potuit, fructuum ratio habeatur, quanvis possessor fructus percipere potuerit: adde etiam, quanvis perceperit. Sic autem fit, ut petitor fundo petito quanvis restituto frui non potuerit, si fuerit nudæ proprietatis dominus usufructu fundi alii constituto. Finge eum, qui ab initio litis ita nudæ proprietatis dominus erat, fundum ab alio possessum vindicasse; deinde inter moras litis usumfructum amissum rediisse ad proprie-

9) Ubi vero constat, quod possessor perceperit, quia quantum perceperit, probatu foret difficillimum, sufficit si testes dicant tantum percipi consuetum, ut exinde censeatur percepisse. Proinde differentia inter percipiendos & perceptos consistat, tunc quando non percepisse constat, ita Achill. de Grassis *Decis. Rota* 122.

prietatem. Quandiu constitit usufructus, tandiu non habebitur fructuum ratio adversus possessorem; quia tandiu petitor fructus suo iure percipere non potuit: hoc in *d. L. fructus*, in fin. Finge ex diverso, petitorem qui initio in solidum fundi dominus erat, lite contestata morientem legavisse eius fundi usumfructum Titio. Placet solum ad id usque tempus fructus æstimandos, quo primum usufructus alienus esse cœpit. Usufructu semel constituto, exinde fructuum rationem non esse habendam. *L. & ex diverso*, 35. in princ. *D. de rei vindic.* nempe ideo, quia ex illo cœpit heres defuncti in ea caussa esse, ut fructus percipere non posset, etsi res esset illi restituta.

XXIII. Sed huic sententiæ opponi solet. *L. domum, C. eod.* nam illic ita scriptum est, domum petitam restitui debere a possessore victo, una cum pensionibus, quas percepit, aut percipere potuit. Restituendæ ergo pensiones, quas possessor percipere potuit: cum tamen dicamus restituendas, quas percipere potuit petitor, ut hic persona petitoris spectetur, non possessoris. Sed ut est species *L. domum*. inter has sententias optime convenit. Animadvertendum est enim in eo rescripto, quæ pensiones a possessore percipi potuerunt, easdem pariter percipi potuisse a petitore. Rescriptum, ut ex verbis apparet, loquitur de possessore, qui pensiones percipere potuit. De quo autem petitore? nempe eo, qui in totum dominus fuit domus petitæ & proprietate & fructu. Proinde de eo petitore, qui & ipse pensiones percipere potuit, & quidem suo iure. Quoties fructus & a possessore & a petitore percipi potuerunt, nihil interest, utrum dicamus fructus restituendos, quos possessor percipere potuit, an vero quos petitor potuit. Tum enim pariter ambo fructus & eosdem, & eadem quantitate percipere potuerunt. Nec ad rem pertinet, quod in re colenda & fructibus percipiendis alii aliis diligentiores sunt & magis industrii. Non enim hic quærimus, quid hi facturi essent, sed quid pro facultate naturaliter concessa facere potuerint. Potuerunt autem omnes pariter idem consequi aut per se, aut adhibitis hominibus idoneis, quorum opera ad eam rem uterentur. Itaque hoc casu disti[n]ctio petito[r]is & possessoris est inutilis. Quando igitur isti distinctioni & superiori regulæ locus est? Tunc, cum alterutr, aut petitor, aut possessor fructus percipere non potuit. Tum enim necessario quærendum est, utrius horum personam debeamus spectare, ut ex eius persona de fructuum restitutione æstimetur. Atque hoc tempore scilicet definimus petitoris personam spectandam; ut sive ipse percipere potuit, fructus restituendi sint, quanvis non potuerit possessor; sive non potuit iure, non sint restituendi, quanvis possessor percipere potuerit, atque adeo perceperit. Congruit cum *L. domum, L. 2. C. de fruct. & lit. exp.* Sed & hæc eodem modo ut superior interpretanda est. Quamquam in ea *L. 2.* pro illis verbis; *sed etiam eos quos* (victus) *percipere potuisset*, in aliis exemplaribus emendatius legitur, *sed etiam eos quos percipi oportuisset*: quod si recipimus, dissensio nulla est ne in verbis quidem.

XXIV. Tertio loco quærimus, an fructus tam percepti, quam qui percipi potuerunt, ab omnibus possessoribus sine exceptione restituendi sint. De perceptis constat. Sed an & qui percipi potuerunt? Et in *L. fructus*, 33. *de rei vind.* generaliter traditur tam hos, quam illos esse æstimandos, nec quidquam de possessoribus distinguitur. Sed & illud constat, post litem contestatam omnes possessores pares fieri. *L. sed etsi, §. si ante, D. de heredit. petit.* In quam sententiam etiam mox plura. Cur igitur dubitamus? quia interpretes prope omnes excipiunt possessorem eum, qui titulo possidet, puta qui emit aut qui legati vel donationis caussa rem accepit: quem volunt, etiam si mala fide rem alienam possideat, tamen a fructibus non perceptis, etiam qui percipi potuerunt, dependendis immunem esse. Moventur autem cum Accursio. *L. si fundum, C. de rei vindicat.* ubi ita scriptum est: eum possessorem qui fundum obnuntiante domino comparavit, vel alio modo mala fide contraxit, tam fundum restituere iubendum, quam fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum. Hinc scilicet colligunt, si quos non percepit, eum restituere cogendum non esse. Cur non sit cogendus, si quis roget, cum proponamus malæ fidei possessorem, & eum qui dolo malo in re aliena grassatus sit: respondent, quia proponitur possessor, qui iusta ex caussa & titulo possideat: hoc titulo satis excusari possessorem a fructibus non perceptis. Quo nihil dici potest neque re inanius, neque ratione ad collectionem ineptius. Et de rescripto videbimus postea: ante de re ipsa & superiore sententia videamus.

XXV. Nos vero certo statuamus fructus omnes tam perceptos, quam qui percipi potuerunt post litem contestatam, ab omni-

omnibus possessoribus sine ullo discrimine posseſsorum eſse restituendos. De malæ fidei posseſsore, de quo agitur in *L. ſi fundum*. nihil eſt certius: ſententia diserte expreſſa eſt in *L. certum, C. de rei vindicat.* ubi ſic definitio eſt: *certum eſt* [10] *malæ fidei poſſeſſores ſolere omnes fructus cum ipſa re præſtare*. Qui omnes dixit, aperte non perceptos ſolum, ſed etiam qui percipi potuerunt, dixit. Sed fortaſse ſuperius illud dictum intelligemus de malæ fidei posseſsoribus, qui nullo titulo poſſideant, ut ſunt fures, & prædones; non etiam de iis, qui proprio aliquo titulo iuſto muniti ſint, ut ſunt qui emerunt. Non licet ita interpretari. Qui enim mala fide poſſidet ſciens rem eſse alienam, non eo minus malæ fidei posseſsor eſt, quia emit, aut aliter contraxit: unde & emiſse mala fide, vel alio modo mala fide contraxiſse dicitur in *d. L. ſi fundum, C. de rei vindicat.* Sed titulus fortaſſis excuſabit malæ fidei poſſeſſorem. At quamobrem? Si perſonam poſſeſsoris, & iniuriam petitori factam ſpectamus, aperte iniquum: ſi genus defenſionis, etiam abſurdum. Spectamus perſonam poſſeſsoris? Iam dixi tam malæ fidei poſſeſſorem eſſe, qui ſciens rem alienam emit, quam qui ſine cauſſa poſſidet: nam ſi mala fides eſt rem alienam ſcientem poſſidere, ut eſt: *L. bonæ, D. de verbor. ſignif.* ſi quis ita poſſidet, huic profecto titulus ut illam ſcientiam rei alienæ, ita malam fidem non mutat. Spectamus iniuriam, quæ fit petitori? At ſi quis ſciens rem alienam emit, & petente domino ſciens eam detinet, non minus petitori iniuriam facit, quam ſi non emiſſet, nec titulus iſte ulla in re iniuriam petitori factam minuit. Eſt autem iniquiſſimum titulo interveniente in eadem conditione posseſsoris & eadem illius iniuria, id eſt, in pari cauſsa & æquitate ius diverſum ſtatui. Quod ſi ſpectemus defenſionis genus, nihil poteſt dici abſurdius, quam eum qui mala fide, id eſt dolo, rem alienam teneat, alio dolo ad eam rem compoſito defendi. Quod certe fit, ſi malæ fidei posseſsor titulo ad poſſidendum quæſito defenditur. Hic enim titulum adhibere quid aliud eſt, quam fraudi latebram quærere, ut facilius & maiore impunitate rem teneas, & dominum fraudes? Hoc vero cuiquam tribui minime omnium ferendum eſt. Bene de ſuſpecto tutore traditum eſt, tutorem ſuſpectum removendum eſse, & quamvis ſatiſdationem offerat, tamen eſſe removendum; quia ſatiſdatio, quæ veluti titulus quidam eſt retinendæ tutelæ, propoſitum tutoris malevolum non mutat, ſed diutius graſsandi in re familiari facultatem præſtat. *L. ſuſpectus. L. quia.* ſeq. *D. de ſuſpect. tut.* Quod multo iuſtius licet dicere de malæ fidei posseſsore, qui ut in re aliena liberius graſsetur, titulum iuſtum poſſeſſionis quæſiit, quem ſuæ iniuriæ obtruderet. Sed ne hic hæreamus, omnis dubitatio de eo qui mala fide emit, præciſa eſt in *L. ait §. per hanc, D. quæ in fraud. cred.* ubi de eo qui in fraudem creditorum quid emit a debitore, ſcriptum eſt, eum reſtituere rem debere cum ſua cauſſa: & fructus venire, non tantum qui percepti ſunt, verum etiam eos, qui percipi potuerunt a fraudatore. Scio Accurſium ad *d. L. ſi fundum, C. de rei vindica.* hunc emptorem excipere ex numero reliquorum malæ fidei poſſeſſorum. Sed perperam excipit, quaſi ſingulare aliquid hæc ſpecies habeat præter cæteras. Immo contra ſic recte colligemus: Si is malæ fidei emptor qui licet in fraudem creditorum emit, tamen emit a debitore, qui dominus erat, reſtituere rem debet creditoribus cum fructibus qui percipi potuerunt; multo magis hoc idem exigendum eſt a malæ fidei poſſeſsore, qui ab eo qui dominus non erat, emit in fraudem domini: quoniam plus iuris eſt domino in re ſua, quam omnibus creditoribus in re aliena. Nihil poteſt igitur, ut dixi, eſse certius ex manifeſtis locis, & ratione iuris & æquitatis nota, quam malæ fidei ſaltem posseſsores, quamvis titulum poſseſsionis habeant, fructus reſtituere debere, qui poſt litem conteſtatam percipi potuerunt.

XXVI. Sed amplius dicimus, etiam bonæ fidei posseſsores in eadem cauſsa eſse poſt litem conteſtatam: traditum & hoc diſerte in *L. certum, C. de rei vindicat.* ſic enim verba ſunt: *certum eſt malæ fidei poſſeſſores omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare: bonæ fidei vero exſtantes: poſt litis autem conteſtationem univerſos.* Id quod ſi videtur adhuc obſcurius, eius ſententiæ non dubia argumenta hæc

10) Lege 12. tab. pœna malæ fidei poſſeſſoris, dupli fructuum præſtatio: Si vindiciam falſam tulit rei, ſive litis prætor arbitros tres dato: eorum arbitrio reus fructi duplione decidito. Quod ius innuitur *L. un. Cod. Th. de uſur. rei iud.* Paul. *Lib. 5. Sent. tit.* 8. §. 2. Eiuſque veſtigium in *L. 6. §. ultim. Mand. L. 12. §. 1. de diſtr. pig.* (ubi fructus maiores vocantur,) *&* *L.* 8. §. 1. *de neg. geſt.* (ubi ampliores) exſtare volunt, Cuiac. 9. *Obſ.* 19. *ac* 6. *QQ. Papin. ad L. 2. de Uſur.* & Theod. Marcil. in *LL. 12. tab.* C. 12.

ta hæc sunt. Adversus omnes possessores etiam qui bona fide possident, valet illud quod traditur, post litem contestatam omnem caussam restituendam esse; & hoc sic explicatur, restituendum id omne, quod petitor habiturus esset, si res ei restituta esset tempore litis contestatæ. *L. præterea, D. de rei vindic. L. 3. §. 1. D. de usur.* At in eo etiam sunt fructus, & ii quidem, qui percipi a petitore potuissent, quos eosdem percepturus fuisse existimatur: eosque superiore ista restitutione contineri, & res ipsa per se docet, & indicat. *L. Iulianus, 17. §. 1. d. L. præterea, de rei vind. L. ait, §. per hanc, D. quæ in frau. cred.* Ergo & hi fructus. Quare & hi post litem contestatam a bonæ fidei etiam possessore præstandi sunt. Item omnes possessores tam bonæ fidei, quam malæ fidei post litem contestatam pares fiunt, & quasi prædones tenentur in iis quæ fecerunt, quominus possiderent. *L. sed etsi, §. si ante, D. de hered. pet.* Iam autem effectum est malæ fidei possessores fructus omnes restituere debere, etiam qui percipi potuerunt, nec si emerint, aut aliquo alio titulo possideant, eo titulo adiuvari, quominus eos fructus restituant: constatque præterea huiusmodi fructus tales esse, ut si percepti non sint recte dicatur per possessorem factum esse, quominus eos possideret. Quo efficitur, etiam bonæ fidei possessores post litem contestatam hos quoque fructus restituere debere. Item omnis possessor post litem contestatam culpæ nomine petitori tenetur in iis omnibus quæ habere potuit in re, & ex re petita, neque habet. *L. qui petitorio, §. 1. D. de rei vindic.* Quo in numero & bonæ fidei possessor habetur post litem contestatam, ut diserte scriptum est in *L. si homo, 45. D. eod.* At fructus non percipere, qui percipi potuerunt, possessoris culpa est. Quamobrem his fructibus non perceptis hanc culpam præstabit petitori etiam bonæ fidei possessor. Quod si in bonæ fidei possessoribus probandum est, iam nihil dubii esse potest, quin recte definiamus, fructus ab omnibus possessoribus sine exceptione restituendos esse omnes, non solum qui percepti sunt post litem contestatam, sed & qui percipi potuerunt. Eiusque sententiæ etiam hoc argumentum esse potest, quod in *L. fructus, 33. D. de rei vind.* ea de fructuum restitutione generalis definitio est, quæ nullos possessores excipiens facile declaret se ad omnes possessores pertinere. Sic enim Paulus: *fructus non modo percepti, sed & qui honeste percipi potuerunt, æstimandi sunt.* Non adiecit, adversus quos possessores æstimandi sint, & a quibus restituendi. Ex quo intelligitur, quicunque possessores conventi sint, eos hac lege & definitione contineri. *L. metum, 9. §. 1. D. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam, vers. a quo, D. de her. pet.*

XXVII. Qua sententia constituta, iam respondeo de *L. si fundum, C. de rei vind.* Illic scriptum est, malæ fidei emptorem restituere debere tam fundum petitum, quam fructus quos eum mala fide percepisse fuerit probatum. Nihil verius. Sed ex eo amplius colligi volunt, fructus non perceptos restituere eum non debere. Hoc vero non recte colligitur; omninoque ita res habet, ut ex eo quod affirmatur de una specie, non recte, certe non necessario colligatur id de altera specie eiusdem generis negandum esse; cum fieri possit, ut idem conveniat utrique; unde etiam eveniat, ut recte separatim dicatur de singulis, nec cum de una dictum fuerit, eo minus verum sit & in altera. Ut, recte dicimus homines vivere, & vitam in se habere. Neque ideo minus verum est & bruta æque vita vitali prædita esse. Sic qui dicit ex contractibus venientes actiones adversus heredes dari, ut est in *L. ex contractibus, D. de oblig. & act.* non ideo negat actiones ex maleficio adversus heredes dari, si rei persecutionem similiter contineant; nam & hæ in eadem caussa sunt. *L. si pro fure, §. ult. D. de cond. furt.* Idem accidit in fructibus. Eorum duæ sunt species, percepti, & non percepti, qui percipi potuerunt. Non ergo, si quis dicit perceptos restituendos esse, continuo negat eos qui percipi potuerunt restituendos. Possunt enim hi eo iure esse, ut non minus restituendi sint; ut proinde de alterutro genere separatim recte dicturi simus, hoc restituendum esse, ac nihilominus verum sit etiam alterum restitui debere. Solum hoc quærendum est, an de altero genere quod alicubi omissum est, idem iure dici debeat. Quod si constabit, nihil amplius quærendum est, nec committemus, ut ex eo quod de una specie dictum est, colligamus non idem dicendum de altera contra ius manifestum. Id vero in hoc ipso genere fructuum ita faciendum esse, licet intelligere liquido ex collatione duorum locorum, quos subiicio. Nam in *L. quæsitum, 91. §. ult. D. de leg. 1.* Africanus scribit, cum res legata petita est, caussam repræsentari debere actori: & in hac fructus fundorum interim perceptos,

nec

nec quidquam adiicit amplius. Quid ergo, an ita colligemus cum Accursio, ergo fructus qui percipi potuerunt, nec percepti sunt, restituendi non sunt? Nullo modo: prohibet *L. cum servus*, 39. §. 1. *D. eod. titu.* ubi Ulpianus diserte in eadem specie scribit, *fructus deduci in petitionem, non quos heres percepit* tantum, *sed quos legatarius percipere potuit*. Ex quo apparet, si quo in loco dicuntur fructus percepti restituendi esse, non idcirco recte colligi restituendos non esse eos, qui percipi potuerunt. Quod si id in aliis idem affirmantibus colligendum non est, omnium minime id faciendum est in *L. si fundum*. De cuius sententia nunc agimus. Nam cum illic dicatur, malæ fidei emptorem fructus restituere debere non simpliciter perceptos, sed quos mala fide percepit: si hinc colligere placet ius diversum in fructibus non perceptis, necessario hæc erit collectio, ut malæ fidei emptor fructus non perceptos restituere non debeat, quanvis non perceperit mala fide, id est, dolo malo. At hoc non tam falso, quam absurde dicatur. Falsum certe esse constat. Certi enim iuris est, dolum præteritum in petitionem venire, id est, eum qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessorem condemnari: & hoc, sive dolo desierit possidere, sive dolo noluerit quid admittere. Servatur hoc in petitione hereditatis, ut traditur in *L. sed etsi*, §. 1. §. *perinde*, *D. de hered. pet.* Sed & hoc eodem exemplo non minus in rei vindicatione, ut hac ipsa ratione admittitur nominatim in *L. sin autem*, §. *si homo*, *D. de rei vindicat.* Nihil ergo usque adhuc proponitur in verbis *d. L. si fundum*, *C. de rei vind.* non modo quo probetur, malæ fidei emptorem fructus qui percipi potuerunt, restituere non debere; sed etiam quo potius non probetur nihil tale per contrarium de fructibus non perceptis inde colligi debere. Sed tamen hic adhuc superest illa obiectio. Nam si in specie eius rescripti volumus restitui etiam fructus qui percipi potuerunt, cur in eo rescripto mentio fit tantum fructuum perceptorum, & quidem eorum qui mala fide percepti sint? An non vitiosa est definitio, si fructus tantum perceptos complexa est, cum utrumque genus fructuum complecti deberet? quod quidem vitium in legibus admitti non oportet. Nos vero dicemus, etsi in ea specie utrique fructus restitui debent, nihil tamen vitii esse in eo rescripto de perceptis tantum restituendis respondisse, non perceptos omisisse. Idque duabus de caussis. Primum, quia fieri potest, ut Imperatores auctores rescripti consulti sint tantum de fructibus perceptis, & illi accommodate ad consultationem respondentes ideo de perceptis tantum dixerint. Animadvertendum est enim rescripta Imperatorum, quæ exstant in libris nostris, non solere continere generales definitiones iuris, sed solum esse rescriptiones ad speciem sibi propositam: indicant inter innumera, *L. ut responsum*, *C. de transf.* *L. precibus*. *C. de imp. & al. subst.* Deinde qui de fructibus perceptis respondit, hos restituendos esse a malæ fidei possessore, vi ipsa respondit etiam non perceptos esse restituendos, si percipi potuerunt interpretatione iuris certa, quo fit, ut omnes possessores malæ fidei, in quibus & possessor bonæ fidei post litem contestatam, pariter teneantur, quasi possiderent, eoque quasi fructus percepisset, si per eos factum fuerit, quominus perceptos possiderent. *d. L. sed etsi*, §. *si ante*, § *perinde*, *D. de her. pet.* Rata sit igitur hæc sententia, post litem contestatam fructus etiam non perceptos restituendos esse, si modo a petitore percipi potuerint: & restituendos ab omnibus possessoribus: nec interesse, utrum bona fide, an mala possideant; iusto titulo, an nullo.

XXVIII. Quarto loco quærimus, an in omnibus rebus petitis fructuum ratio habeatur, sive qui percepti sunt, sive qui percipi potuerunt: atque hinc quærendi caussa. Quædam enim res ad omnem usum & fructum sunt inutiles, ut lapis, lignum: quædam natura nullum fructum ex se gignunt, etsi hæ usum aliquem sui præbent, ut navis, area: quædam ita fructum nullum ferunt natura, ut si quis his uti velit, etiam ipso usu consumantur, ut pecunia numerata, oleum, frumentum. Sed & præter rem principaliter petitam quædam aliæ in iudicio versantur ad restitutionem. Hoc est igitur, quod quæritur, an in his quoque rebus omnibus pariter fructus æstimandi sint. Quæstio ex præcedentibus propemodum expedita. Nam si una cum re omnes fructus rei restituendi sunt, ut restituendos esse diximus, & fructus est, non tantum quod ex re nascitur, sed etiam quod percipitur ex eius usu: sequitur, ut prout ex re quoque hi fructus percipi possunt, aut non possunt, ita hi æstimentur aut non æstimentur. Proinde si qua res eiusmodi est, quæ neque natura fructum ferat, neque usum aliquem sui præbeat ad mercedem inde percipiendam, res ipsa docet ibi fructus æstimari non

non posse, ubi nullus rei fructus est, ut, si lapides aut ligna petantur; si animalia, quorum aut propter ætatem nullus adhuc sit usus, aut propter valetudinem inutiles operæ. *L. cæterum*, 31. *L. pen. D. de rei vind.* Quod si quis fructus esse potest, aut ex re ipsa, aut ex eius usu, quæcumque ea res erit, quæ in iudicium veniet, etiam in ea fructuum ratio habebitur. Nec ad rem pertinebit, utrum ea fructum ferre non possit natura, an non; ac ne illud quidem, utrum sæpius ex usu rei repetito percipi fructus possit, an semel dumtaxat. Hinc illud Papiniani, si navis petatur, etiam hic fructus æstimandos esse, ut in taberna & area quæ locari solent. *L. si navis*, 62. *D. de rei vindicat.* dictum, cum possit dubitari, an in his recte fructus æstimentur, ex quibus nulli fructus natura provenire possunt. Sed satis est, ut eodem loco docet Papinianus, reditum percipi posse ex earum rerum locatarum usu. Hunc reditum etiam in fructu numeramus; estque is fructus, qui ab illo dicitur iure percipi. Inde & illud eiusdem Papiniani: etiam *eorum nomine, quæ usui, non fructui sunt, fructus restitui* debere. *L. cum in rem.* 64. *D. eod.* Fructui esse dicuntur res, quibus uti frui possumus, sive in quibus ususfructus, quem nostri usitate uno verbo fructum vocant, consistere potest. Est autem ususfructus ius rebus utendi fruendi salva rerum substantia. *L.* 1. *D. de usufr.* Quapropter res fructui esse intelliguntur, quibus ita uti frui possumus, ut post usum substantia rerum salva maneat: ut accidit in fundo, in ædibus, in animalibus, in navi, in area. Quod si ita est, necesse est res usui tantum, non fructui eas esse intelligi, quibus ita uti possumus, ut post usum non relinquatur rerum substantia: proinde eas, quæ usu consumantur; ut sunt frumentum, vinum, oleum, pecunia numerata: de quibus in *§. constituitur, Inst. de usuf.* & *D. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* Itaque hoc sentit Papinianus, quod & Azo recte accepit, etiam earum rerum nomine, quæ usu consumuntur, si de his in rem actum sit, fructus restitui debere: ut intelligamus etiam hos debere restitui, qui semel tantum percipi potuerunt, non sæpius. Quis ergo istarum rerum fructus esse potest, quæ si naturam spectamus, nihil ex se gignunt; si usum, etiam ipso usu esse desinunt? Fructus hi sunt: in pecunia numerata usuræ. Nam & has cum pro usu pecuniæ mutuo datæ percipiantur, vicem fructuum obtinere diximus: *L. usura, D. de usur.* in cæteris rebus huius generis, ut frumento, vino, oleo, fructus sunt, additamenta quæ his rebus mutuo datis præter sortem usurarum loco præstantur. *L. frumenti, L. oleo, C. de usur.* Sed notandum in hoc genere rerum & usuras & additamenta usurarum loco solum restitui percepta, non etiam non percepta quamvis percipi potuerint; de quo mox plura suo ordine.

XXIX. Ut autem nihil interest, quem fructum res ferat, & quoties, ut is fructus æstimetur: sic nec interest, utrum de re principaliter petita agatur, an vero de iis quæ cum re per consequentiam restituenda sunt. Quemadmodum hæc posteriora veniunt in restitutionem: ita & eorum fructus. Huius generis esse diximus primum ea quæ rei petitæ accesserunt: ut sunt, quæ per alluvionem fundo petito accreverunt, ut insula in flumine nata, alveus a flumine relictus; item si quid in area petita ædificatum sit. Et istarum quoque accessionum fructus æstimabuntur. Exemplo est, quod per alluvionem accrevit, de quo ita scriptum est in *L. fructus*, 33. in fin. & *L. idem, seq. D. de rei vindic.* Ut placeat non solum id restitui, sed etiam in eo rationem haberi fructuum. Quo exemplo idem in cæteris accessionibus intelligemus. Diximus etiam una cum re fructus esse restituendos. Proinde & si eorum fructuum aliqui fructus esse possunt, una cum fructibus etiam fructuum fructus in restitutionem venient, ut in pecoribus fœtus, item eorum fœtuum fœtus & fructus omnis in infinitum: quod de partu, & partuum fructibus scriptum in *L. Iulianus*, 17. *§.* 1. *D. de rei vind.* multo magis ad fructuum fructus pertinet. Sed & fructuum fructus prædonem restituere debere diserte scriptum est in *L. illud, §. prædo, D. de hered. pet.* quo in numero habetur & bonæ fidei possessor post litem contestatam. *L. sed etsi, §. si ante, eod. tit.* Scriptum hoc quidem petitione hereditatis: sed ita, ut velint veteres huius exemplo per consequentias & in speciali in rem actione idem admitti. *L. sin autem, §. si homo, D. de rei vindicat.*

XXX. Non tamen in his rebus omnibus pariter fructus æstimandi sunt & percepti, & qui percipi potuerunt. In omnibus percepti semper restituendi: non item in omnibus ii, qui percipi potuerunt. Excipienda sunt nobis genera duo, in quibus non percepti non æstimantur, etsi percipi potuerint. Unum genus est earum

earum rerum, in quibus aliquid accessit opera & beneficio possessoris. Quod ita accessit, etiam qui inde sunt fructus, restituendi sunt, si sint percepti: non percepti non praestantur, quanvis a possessore ipso percipi potuerint. Id declaratur in hoc exemplo in *L. caeterum*, 31. in fin. *D. de rei vindic.* Servus petitus est. Eum possessor aliquod artificium docuerat, aut docendum curaverat. *Improbe desideret petitor*, ait Paulus, *fructus aestimari, qui ex artificio servi percipi potuerunt, quod artificium sumptibus aut opera possessoris didicit* Quo exemplo recte idem defendemus, si possessor in area petita aedificium posuit, ut si quidem locavit, & percepit pensiones, eas una cum area & aedificio restituere debeat: si non percepit, non aestimetur, quanvis aedificium locare potuerit. Cur ergo improbe desideret petitor fructus a possessore non perceptos ex huiusmodi accessionibus? Quia satis esse debet petitori, quod beneficio possessoris utitur in illis accessionibus percipiendis, quas a possessore accipit. Inique autem & impudenter faciat, si hoc beneficio non contentus etiam hoc exigat a possessore, ut novam operam subeat in fructibus conficiendis, quos adiiciat invitus petitori: cum potius uniuscuiusque donantis sit beneficio suo modum statuere, quem velit, nec longius progredi: *L. 2. D. de prec.* eius autem qui accipit, officium de eo quod accipit, gratias agere, non pro beneficio molestiam & iniuriam reddere. Ut minimum, certe illud recte dicetur non exigi amplius a possessore, quam ut restituat rem petitam cum omni caussa damni dati, ut est in *L. damnum*, *C. de rei vindic.* cum autem fructus non percipitur ex re, quae beneficio possessoris accessit, tum petitorem damnum non facere, qui nihil amittat de suo, sed lucro, quo alterius beneficio utebatur tantum prohiberi. Inter quae multum interest, ut declaratur in *L. Proculus*, *D. de damn. inf.*

XXXI. Alterum genus huic simile est earum rerum, quae usu consumuntur. Etiam harum rerum nomine diximus fructus restitui debere. *L. cum in rem*, 64. *de rei vindic.* Puta pecuniae numeratae usuras, frumenti mutuo dati additamenta. Hoc de usuris & additamentis perceptis accipiendum est. Usuras ex his rebus perceptas sine dubio possessor restituit. *L. 1. C. de pet. hered.* Quidni, cum & alia lucra extrinsecus obtingentia restituat, ut in extrema parte huius restitutionis dicemus? Quas vero usuras non percepit, non praestat qui pecuniam non attigit. Hoc etiam in pecunia hereditaria placuit. *L. item veniunt*, *§. Papinianus*, *D. de hered. pet.* Multo magis probandum in petitione singularum rerum, quae & finibus est angustior, & non item bonae fidei est, ut hereditatis petitio: idque etiam diserte scriptum est ab eodem auctore Papiniano in *d. L. si navis*, in prin. *de rei vind.* Hic occurrebat haec obiectio. Cur enim in nave & area, quae natura fructum non ferunt non magis quam pecunia, pensiones quae in fructu sunt, aestimantur, etiam quae non perceptae percipi potuerunt; in pecunia autem numerata non aestimantur usurae, quae nihilominus habentur in fructu? Diluit hanc obiectionem Papinianus ibidem subiecta differentiae ratione. Est autem haec; *quia periculum navis locatae possessor petitori praestare non debet; cum pecunia periculo dantis, faeneretur.* Hoc sentit. Si quos fructus possessor non percepit dolo malo aut culpa sua, recte ab eo exigitur, ut hanc culpam praestet. Illud non debet exigi, ut ipse in re petita novum periculum sibi accersat. Iam vero si navem aut aream, aut res similes possessor non locet, ut pensiones ex usu percipiat, eius culpa est, qui in locando nullum periculum in se suscipit. Nam si casu res pereat, dum re utitur, ut oportet, casum non praestat; cum necessitate officii re recte uti, & recte locare ad fructum colligendum cogatur. *L. item si verberatum*, *§. 1. D. de rei vindicat.* In pecunia autem numerata hoc contra evenit, ut non possit possessor pecuniam mutuo dare foenori, nisi periculo suo: quod periculum subire non debet. Cum enim possessor pecuniam petitam mutuo dedit, non amplius eam debet, quam dedit; quippe quae utendo, & permutatione dominii quodammodo consumpta sit, ut est in *§. constituitur*, *Instit. de usufr.* sed debet tantumdem, id est, pecuniam in genere. Eo fit, ut quanvis pecunia mutuo data perierit, tamen possessor perpetuo teneatur, qui eam non debuit, sed genus, quod utique non periit, ac nec potest. *L. in ratione*, *§. incertae*, *D. ad leg. falc.*

XXXII. Quinto loco quaerimus, quo ex tempore fructus aestimandi sint tum percepti, tum qui percipi potuerunt. Et cum ita statuamus, restituendum esse petitori id omne, quod habiturus esset, si tempore litis contestatae res restituta esset, nihil praeterea: hinc admonemur, viden-

dendum hic esse quid iuris habuerit petitor in fructibus percipiendis, si ei res petita statim restitueretur, quid non habuerit: ut si statim ius habuit fructuum percipiendorum, statim ex illo fructus æstimentur: si ante non habuit, interim non æstimentur. Hinc ergo illa distinctio, ut multum intersit, petieritne rem nudæ proprietatis dominus, an qui in totum dominus erat. Si dominus nudæ proprietatis, quemadmodum si inter moras litis duravit ususfructus, nihil petitori fructuum nomine restitui debet, quos ipse suo iure habere non potuit: ita si interim amissus ususfructus redierit ad proprietatem, consentaneum est ex eo solum tempore, quo rediit, fructuum rationem habendam. *L. fructus*, 33. in fin. *D. de rei vindicat.* Quod si petitor in totum dominus fuit, efficitur superiore regula, statim quidem fructus esse æstimandos; sed ex quo lis contestata est, non si qui antecesserint: idque ita traditur in *L.* 2. *Cod. de fruct. & lit. expen.* & recte. Non enim re tempore litis contestatæ restituta ideo haberet petitor ea, quæ iam in re non sunt, ac nec esse possunt: sed solum, quæ res secum ferret, in quibus sunt sequentis solum temporis commoda, & in his fructus, qui ex eo tempore percipi potuerunt. Quid ergo, fructus præcedentis temporis, id est, qui ante litem contestatam percepti sunt, aut percipi potuerunt, æstimandi restituendi a possessore non sunt? Non sunt ea actione in rem, qua res principalis petitur, de qua nunc agitur. In eam enim actionem solum venit res petita, & per consequentiam commoda eius rei, tanquam rei petitæ accessiones: quæ scilicet re initio restituta beneficio eius rei petitor esset habiturus: hæc est enim ea caussa, quam cum re petita restituendam esse dicimus. *d. L. præterea, de rei vind.* In hoc autem genere non sunt fructus ante litem contestatam percepti, qui semel a re separati iam amplius ex ea capi non possunt. Neque tamen hoc dicimus petitorem omnimodo a possessore eos fructus consequi non posse, aut possessorem eos omnino restituere non debere: sed non eadem actione, qua res, cuius fructus sunt, petitur. Quid ergo est? Nempe hi fructus semel a fundo aut alio corpore separati proprium corpus habere cœperunt, & rem principalem constituere, non iam alterius rei accessionem. Proinde si hos petitor iure consequi potest, & petere vult, necesse habet speciali actione nominatim petere, puta vindicatione, aut condictione, quæ actiones de his separatim petendis commemorantur in *L. mala, C. de cond. ex lege*. His actionibus conventus possessor, ut si de alia quavis re principaliter conventus esset, etiam præcedentis litis temporis fructus restituere cogetur: si modo fructus in ea caussa sint ut debeant iure præstari. Neque vero semper iure restituendi sunt. Certe neque ab omnibus possessoribus, neque omnes. Videndum igitur, qui a quibus restituendi sint, & quæ sint petitori ad eos petendos idoneæ actiones.

XXXIII. De quo breviter sic habendum est. Malæ fidei possessor fructus omnes etiam ante litem contestatam perceptos una cum re præstare debet. Idque est, quod generaliter definitur in *L. certum, C. de rei vindic.* his verbis: *certum est, malæ fidei possessores, omnes fructus solere cum ipsa re præstare*. Omnes sic accipe, non tantum qui post litem contestatam, sed & qui ante percepti sunt. Nam & qui percepti sunt ante, omnium numero continentur. Sed & universi præstentur, solum qui post litis contestationem percepti sunt, bonæ fidei possessoribus tantum eodem illo rescripto postea tribuitur. Nec cur malæ fidei possessor istos omnes restituere debeat, ratio obscura est. Quippe hi fructus alieni sunt: cum fructus ex aliena re percipiendo nemo faciat suos, nisi bonæ fidei possessor. *L. bonæ, D. de acquir. rer. dom. L. qui scit*, §. 1. *D. de usur.* Sic autem ante perceptos restituere debet possessor malæ fidei, ut debeat non exstantes solum, sed etiam consumptos, constitutis in utramque partem propriis actionibus. Exstantes recte vindicat dominus rei, ex qua fructus nati sunt: Idem enim dominus est fructuum, qui & rei, ubi fructus a bonæ fidei possessore percepti non sunt. *L. qui scit*, §. 1. *D. de usur.* Sed & consumptos idem dominus recte vindicat a malæ fidei possessore, si quidem dolo malo consumpti sint: cum sit in rem actio etiam adversus eum, qui dolo desiit possidere. *L. sin autem*, §. 1. *D. de rei vind.* Quod si possessor fructus necessitate rei coactus distraxit, puta ne corrumperentur; non possunt ab eo vindicari, quos nec possidet, nec dolo possidere desiit. *L. qui petitorio*, in pr. *D. eod.* Sed ei condici possunt. *L. mala, C. de cond. ex lege. L.* 4. §. *post litem. D. fin. reg.* Est autem in eam rem condictio furtiva. Qui enim fructus mala fide perceptos, atque ita rem alienam mobilem

sciens

sciens contrectet dolo malo, fructuum furtum facit. §. *furtum autem, Inst. de obl. quæ ex del.* Unde domino de re furto sublata superior condictio. §. *ult. Inst. eod. L. item Mela*, §. *legis*, *D. ad leg. Aqui.* Hac vero conditione etiam exstantes peti possunt, ac non tantum in rem actione: ut sic & de consumptis & de exstantibus idem dominus & vindicationem habeat, & conditionem. *L. si pro fure.* §. 1. *D. de cond. fur.*

XXXIV. Sed hoc totum de fructibus, qui natura ex re proveniunt, intelligendum est. Ad pensiones & reliquas mercedes, quæ iure ex rebus percipiuntur, non pertinet. Hæ namque a vero domino conductore solutæ, & traditæ possessori transferendi caussa, fiunt possessoris. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Quamobrem nec vindicari ab eo possunt, qui earum pensionum dominus est; nec condici tanquam furtivæ, quarum furtum possessor non facit, rem suam, non alienam contrectando; nec peti conditione sine caussa, quæ voluntate domini ex iusta caussa possidentur: sed peti possunt actione negotiorum gestorum; & ex eadem caussa certi condici. Nam si quis rem alienam ignorans vendidit suum se negotium gerere existimans, nihilominus tanquam qui negotium domini re vera gesserit, domino de pretio negotiorum gestorum actione tenetur. *L. ult. D. de neg. gest.* Quare & qui rem alienam locavit tanquam suam, & pensiones percepit, de his pensionibus domino eodem modo tenebitur: cum sint hi inter se finitimi contractus, & merces sit quodammodo usus & operæ locatæ pretium.

XXXV. Quod si fructus a malæ fidei possessore percepti non sunt ante litem contestatam, quamvis ab eo percipi potuerint; tamen hi neque vindicari ab eo possunt, quos non possedit unquam, eoque nec potest ullo modo videri desiisse possidere, neque possunt per se condici. Non conditione furtiva ab eo, qui eos nunquam contrectavit: non negotiorum gestorum actione ab eo, qui in fructibus non perceptis nullius negotium gessit: non condictione sine caussa ab eo, qui ex his fructibus apud se nihil habet, aut habuit. *L. perpetuo, D. de cond. ob turp. caus.* Sed qui per se & recta a malæ fidei possessore peti non possunt, possunt actione de re principali instituta per consequentiam tanquam accessiones ab eo obtineri. Id fit, si qua sit adversus malæ fidei possessorem actio in personam de re ipsa cuius de fructibus agitur. Quæcunque enim ea actio est in personam, per quam petimus quod nostrum fuit, in eam veniunt & fructus, ex tempore quo mora facta est. *L. videamus.* 38. §. *si actionem, de usur.* Huiusmodi actiones in personam & conditiones de re principali sunt, in re quidem soli interdictum unde vi deiecto, seu in factum actio loco interdicti: in re autem mobili condictio furtiva de re ipsa surrepta. Quarum in utraque ut mora fit a prædone & fure ex ipso tempore delicti, ita & exinde fructuum ratio habetur. *L.* 1. §. *ex die*, §. *non solum*, *L. penul. D. unde vi*, *L. in re*, §. *ult. L. ult. D. de cond. fur.*

XXXVI. Bonæ fidei possessor ante litem contestatam longe in diversa caussa. Nam primum quicunque fructus hominum opera & diligentia perveniunt, ut in agris sata, in vitibus uvæ, in animalibus fœtus, lac, pilus, lana; hi omnes percepti statim pleno iure fiunt bonæ fidei possessoris. *L. qui scit*, §. 1. *L. in pecudum*, *L. fructus*, *D. de usur. L. bonæ*, *D. de acqu. rer. dom.* Quare neque hi consumpti, neque exstantes ab eo peti possunt, ut cogatur suos semel factos restituere. Repugnat ratio naturæ, quæ dictat, nulli mortalium rem suam recte quæsitam auferri oportere. *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Repugnat regula iuris ex illa superiore æquitate ducta, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non posse. *L. id quod nostrum*, *D. de regul. iur.* Et ideo quod in *L. certum*, *C. de rei vindic.* dicitur bonæ fidei possessores restituere debere fructus exstantes etiam si ante litem contestatam existent, illic exstantes cogente iuris ratione interpretari debemus stantes, & pendentes, ut appellantur pendentes in *L. si pendentes*, *D. de usufruct.* Hi quia cohærent solo, ideo & pars sunt fundi. *L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* quamobrem & fundo petito una cum fundo tanquam pars fundi in iudicium veniunt. Denique & tandiu eius sunt, qui dominus est fundi. *L. si quis sciens*, *C. de rei vindic.* Qua ratione dictum est, si fundi possessor eum excoluisset, sevissetve, & postea fundus evincatur, consita eum tollere non posse. *L. si fundi*, 53. *D. eod.* Cæteri fructus, qui sponte natura proveniunt, non hominum facto, ut fœnum ex pratis, ex arboribus poma, in ea caussa sunt, ut perceptione sola non fiant bonæ fidei possessoris. *d. L. fructus, de usur.* Ideo quandiu percepti apud bonæ fidei possessorem exstabunt, tandiu & fundi dominus, qui eorum fructuum dominus est, eos a possessore vindicare potest. XXXVII.

XXXVII. Quod si percepti, etiam a bonæ fidei possessore bona fide consumpti erunt, qui perceptione eius facti non erant, nunc incipient ita illius fieri consumptione, ut iam nec ab eo peti possint, nec cogatur eos restituere. Hoc de consumptis a bonæ fidei possessore fructibus generaliter traditum est, nec distinguitur, cuius generis sint fructus. *L.* 4. §. *post litem*, *D. fini. regun.* §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* Sed & quod dicitur, fructus qui opera hominum non perveniunt, non fieri bonæ fidei possessoris percipiendo; *d. L. fructus*, *de usur.* satis declarat, sola perceptione eius non fieri, at fieri eius omnes consumptione. Idem arguit, quod de consumptis fructibus legimus in *L. mala*, *C. de eond. ex leg.* hos a malæ fidei possessore solum condici. Postremo vincit ratio, consumptos a se fructus bonæ fidei possessorem restituere non cogi, nisi sit aliqua adversus eum actio, qua cogatur. *L. exstat*, *D. quod metus caus.* proinde aut in rem actio, quæ vindicatio; aut in personam, quæ condictio appellatur: non enim plura sunt genera actionum. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Atqui consumpti a bonæ fidei possessore ante litem contestatam fructus vindicari ab eo non possunt, qui neque possidet, neque dolo desiit possidere: condici ei multo minus qui nihil contraxit cum petitore, in fructibus tractandis nihil deliquit, in consumendis nullius negotium gessit, his consumptis nihil habet alieni ex iniusta causa: nascuntur enim actiones in personam ex his causis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio, neque pluribus. §. 1. *Inst. de act.* Quare omni actione de his fructibus adversus bonæ fidei possessorem sublata, nihil relinquitur, quod ab eo possit hoc nomine exigi. Scio incurrere omnem hanc quæstionem in varias difficultates propter dissidentes in speciem in hac quæstione locos. Sed tractatio fusior non est huius loci. Pertinet ad acquisitionem huius generis fructuum, de qua in acquisitione dominiorum abunde disseruimus suo loco. Inde sumi potest, quod videbitur ad hunc locum pertinere. Tantum hoc loco de hac re nobis attingendum fuit, quantum satis esset in summa ad intelligendum, quæ esset, & ex quo tempore restitutio fructuum, quæ exigeretur ab omni possessore: & quam recte diceretur fructus ex tempore litis contestatæ æstimandi, cum videatur contradici in *L. certum*, *C. de rei vind.*

XXXVIII. Postremo quæritur, ad quod usque tempus fructuum ratio habenda sit. Et extat generalis definitio Papiniani in *L.* 3. §. 1. *D. de usur.* quæ omnibus huius iudicii præstationibus unum tempus præfinit in hæc verba: post litem contestatam actori caussam præstandam esse in eum diem, quo sententia dicitur, id est, res iudicatur. Cum ergo in hac caussa sint fructus, nempe & de his hoc statuitur, fructuum rationem usque ad tempus rei iudicatæ spectandam esse: quod & totidem verbis scriptum est in *L. Iulianus*, 17. §. 1. *D. de rei vindic.* congruit *L. fructus*. 33. *eod.* Si res tandiu extat, nulla dubitatio. Re enim extante, potuit petitor tandiu ex ea, si restituta esset, fructus capere: quos quia habiturus esset, ex regula generali iure a possessore exiguntur.

XXXIX. At quid, si res petita inter moras litis perierit? An videtur æquum esse fructus æstimari eius rei, ex qua amplius nulli sunt fructus? Et recte dixerimus naturam repugnare, quominus æstimentur, si quidem ita perierit res, ut iure etiam habeatur pro amissa, quia possessor eius nomine non teneatur. Quod si ea amissa, nihilominus tenebitur possessor; quemadmodum res fingitur iure extare, ut præstanda sit; ita huius ipsius iuris ratio facit, ut tanquam extantis fructus perpetuo debeant æstimari. Id enim re vere extante omnino futurum erat. Quæ & distinctio in hac re a veteribus recepta est. Quando enim re amissa possessor non tenetur? cum res petita sine dolo & culpa bonæ fidei possessoris amissa est; veluti cum servus petitus, qui custodiri non debebat, fugit a possessore. Ideo & hoc casu placet sic de re petita possessorem absolvi, ut fructus præstare debeat; sed fructus solum eius temporis, quo possidet; proinde fructus in eam diem solum, ad quem usque possedit. *L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vindi.* Contra quando re perempta aut aliter amissa, nihilominus tenetur possessor? Cum res periit post moram, aut sine mora dolo vel culpa possessoris. Ac tum quoque placet ex diverso, quasi res non periisset, fructuum rationem hic habendam usque ad rei iudicandæ tempus. *d. L. Iulianus*, 17. §. 1. *d. L. fructus*. 33. *de rei vindic.* Id efficit culpa, quæ certa constitutione iuris perpetuat obligationem omnemque præstationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* id est, facit, ut qui debuerat, perinde teneatur perpetuo, quasi res extaret. *L. nemo*. 82. §. 1. *D. eod.*

XL.

XL. Sed utcunque hic velimus fructus quam longissime æstimari; tamen observandum est, non longius tempus huic rei præfiniri a veteribus, quam tempus rei iudicatæ. *d. L. Iulianus*, §. 1. *L. fructus, de rei vind. d. L.* 3. §. 1. *de usur.* Quid ergo, si post rem iudicatam legitimum spatium iudicati datum sit possessori ad rem restituendam? An si quos fructus interim perceperit, aut percipere potuerit, hi restituendi non sunt: denique post rem iudicatam fructuum ratio non habebitur? Immo habebitur; sed non similiter, ut ante rem iudicatam in eum diem, quo res iudicatur. De quo breviter sic habendum puto. Post rem iudicatam si quos fructus percepit possessor, licet intra tempora iudicati, perceptos tamen omnimodo restituere debebit iudicati actione. Lucrum enim ex re petita possessor facere non debet, ne bonæ fidei quidem: idque adversus omnes possessores etiam qui moram non fecerunt, ante rem iudicatam servatur. *d. L. Iulianus*, 17. §. 1. illic, *Sed & fructus. de rei vind.* Servandum igitur & post rem iudicatam etiam intra legitima tempora iudicati: quoniam ut eleganter Papinianus scripsit, ea temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum adferre debet. *L.* 3. in pr. *D. de usur.* Quod si qui fructus percipi potuerunt intra id tempus, neque percepti sunt a possessore; si quidem is ante sententiam moram fecit in re restituenda, etiam hos fructus restituere debebit, ut disserit Papinianus in *d. L.* 3. in pr. *de usur.* Idque hac ratione, quod qui ante propter moram fructuum præstandorum necessitate obstrictus fuit, absurdum sit eum aut sententia, aut legitimi temporis spatio ea præstatione liberari. Sententia; quia ea sententia possessor victus & condemnatus est: quæ condemnatio nocere ei debuit potius, quam prodesse. Legitimi temporis spatio; quia id spatium ad dilationem tantum prodest, non ad lucrum faciendum. Faceret autem lucrum possessor, si quam obligationem in iudicium attulit, ea propter legitimum spatium iudicati liberaretur. Sed hoc, inquam, in fructibus non perceptis de eo possessore dictum est, qui ante rem iudicatam moram fecerat. Quod si ante sententiam mora non intervenit; *post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est*, quæ altera definitio est eiusdem Papiniani in *ead. L.* 3. §. 1. *de usur.* A fructibus dependendis, idest, a fructibus cum damno possessoris præstandis. Id enim valet Latinis dependere: ut non simpliciter aliquid præstare, sed præstare cum damno ubi necesse habeas præstare, quod ad te non pervenerit, nec porro perventurum sit, ut ostendi in commentario de fructibus in huius ipsius loci interpretatione. Sed cum fructuum ratio habeatur etiam post rem iudicatam, ut apparet ex superioribus, cur ita tot locis definitur, fructuum rationem habendam usque ad tempus rei iudicatæ? Duabus de caussis: primum quia agitur in hac restitutione de officio iudicis, qui de re cognoscit. Huius officium & potestas ad sententiam usque & rem iudicatam protenditur. Re iudicata iudex esse definit. *L. iudex posteaquam*, *D. de re iud.* Unde & negatur pertinere ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus. *L.* 1. §. 1. *D. de usur.* Deinde quia generaliter & in universum recte dicitur post litem contestam omnium fructuum rationem haberi usque ad tempus rei iudicatæ, quia omnium ratio usque ad id tempus habetur non solum perceptorum, sed etiam eorum qui percipi potuerunt, quanvis possessor prius in mora non fuerit. Sufficit enim culpa, quam inter moras iudicii possessor petitori præstare debet. At hoc non ita est post rem iudicatam. Ideo recte excluditur legitimum spatium iudicati, pro quo tempore solum percepti interim fructus restituuntur, qui percipi potuerunt, non restituuntur nisi ab eo, qui prius moram fecerat: merito: non enim cura & diligentia ab eo exigenda fuit, cui propter delationem legitimi temporis restituendi necessitas, ut ante, non imponitur.

XLI. Ac de fructibus eorumque restitutione satis. Quæ de fructibus diximus, eadem omnia intelligi volumus & de rei petitæ partu; scilicet ut ancilla petita, una cum ancilla etiam partus postea editi, & partuum fructus ab omnibus possessoribus restituendi sint iam inde a tempore litis contestatæ usque ad rei iudicatæ tempus. *L. Iulianus*, 17. §. 1. *L. præterea*, 20. *D. de rei vind.*

XLII. Fructuum & partus restitutione cognita, quæ tertia pars fuit ex iis quatuor, quas restitutione huius iudicii contineri diximus, restat huius restitutionis pars postrema, in qua lucra per caussam rei petitæ extrinsecus obtingentia posuimus. Hæc quanvis multum distent a fructu, ut pote neque nata ex re, neque ex usu rei percepta: tamen si obvenerint possessori, quia beneficio rei petitæ obtingunt, tanquam rei quidam fructus, veniunt in eandem restitutionem, quasi quæ etiam

etiam habiturus fuerit petitor re ab initio restituta. Ea lucra constituut maxime in his rebus quatuor: in rebus rei petitæ delatis, quæ inde & ad posſeſsorem pervenerunt; in actionibus per occaſionem rei petitæ posſeſsori quæſitis; in fructibus & litis æſtimatione, quam forte posſeſsor ab alio posſeſsore perceperit; in iis quæ pro re diſtracta, aut ablata posſeſsor accepit.

XLIII. Rebus rei petitæ delatis locus eſt in ſervo petito. Huic enim deferri poteſt hereditas, huic legari aut donari. Eam hereditatem idve legatum aut donatum ſi posſeſsor ſervi tanquam dominus agnovit, atque ita res ad eum pervenerunt, etiam has res omnes reſtituere debebit, quanvis tunc delatæ eſsent, cum ſervum petitum poſt iudicium acceptum posſeſsor uſucepiſset. *L. præterea, D. de rei vindicat.* Et tamen conſtat hæc non eſse in fructu: unde nec acquiruntur iſta fructuario, ſi delata ſint ei ſervo, in quo ille uſumfructum habet. *L. ſi ſervi*, 21. & *L.* ſeq. *D. de uſufruct.*

XLIV. Actiones per occaſionem rei petitæ acquiruntur posſeſsori partim re ab eo uſucapta, partim non uſucapta. Re ab eo uſucapta conſtat ei actionem in rem acquiri, ut pote domino iam uſucapione facto, & cum hac etiam actionem ad exhibendum. Ut ergo cætera non debeat reſtituere posſeſsor: tamen has actiones ſaltem cedere debebit deſideranti petitori. Finge ſervum petitum, qui quia integræ opinionis erat, cuſtodiri non debuit: eum inter moras litis [11] uſucaptum poſtea a poſſeſſore fugiſſe. Ita non tenetur posſeſsor ſervi hoc caſu amiſſi nomine, ut tamen placeat eum ſuis iſtis actionibus petitori cedere debere. *L. ſi a bonæ* 21. *D. de rei vindic.* Sed & re uſucapta acquiritur poſſeſſori legis Aquiliæ actio, ſi damnum datum ſit ab alio in re petita. Hæc enim naſcitur ex damno dato, & domino ſoli competit. *L. item Mela*, §. *legis*, *D. ad leg. Aquil.* Hic autem ſolus poſſeſſor, qui uſucepit, dominus eſt. Ideo placet & posſeſſorem hanc actionem reſtituere cogendum. *L. Iulianus*, 17. §. 1. verſ. *uſque adeo*, & in fin. *de rei vindicat.* Re non uſucapta acquiri ex re petita hæ actiones poſſeſſori poſſunt; deiecto de fundo petito interdictum Unde vi; re petita interim locata, commodata, depoſita, actio locati, commodati, depoſiti. Ut demus poſſeſſorem iſtarum rerum nomine non teneri; puta, quia vi deiectus ſit nulla ſua mora aut culpa præcedente: quia res recte locata ad mercedes colligendas culpa conductoris perierit; res propter neceſſariam abſentiam recte depoſita perierit dolo depoſitarii: tamen relinquuntur posſeſsori ſuperiores actiones in perſonam adverſus prædonem ſine exceptione, adverſus conductorem qui culpam præſtat in re conducta, adverſus depoſitarium qui dolum præſtat in re depoſita. *L. contractus*, *D. de regul. iur.* Proinde has ſaltem reſtituere debebit petitori, ut deberet actionem in rem, de qua ante diximus, *argum. in d. L. ſi a bonæ*, 21. *D. de rei vindicat. L. quod ſi in diem*, §. *Iulianus. L. illud*, §. *actiones*, *D. de heredit. petit.*

XLV. Fructus fructuumve & totius litis æſtimationem ab alio posſeſsore ſic percipit posſeſsor, ſi hic cum quo in rem actum erat, inter moras litis posſeſſione excidat: deinde Publiciana agens, condemnato novo posſeſsore, conſequatur ab eo & rem & fructuum æſtimationem: quæ ſane re reſtituta non eſset habiturus. Dicimus novum illum posſeſsorem ſi priore iudicio vincatur, una cum re etiam hos fructus & totius litis æſtimationem, quam erit conſecutus, reſtituere debere, quanvis proponas petitorem idem per ſe conſequi non potuiſse. Et hoc, quia omnis hæc obventio lucrum eſt, quod ſit ex re petita: quod lucrum penes posſeſsorem victum manere non debet. *L. Iulianus*, 17. §. 2. illic, *ſed & fructus. de rei vind.*

XLVI. Pro re diſtracta posſeſsor accipit, cum rem petitam diſtrahit, & pretium accipit ab emptore. Prout expediet petitori id pretium petere, ita id deſiderante eo posſeſsor reſtituere cogetur. Expedit autem petitori id potius habere, cum aut posſeſsor rem ex neceſſitate diſtraxit, ut iam rei nomine non teneatur, aut rem pluris vendidit, quam valebat. Ideo priore caſu posſeſsore rei nomine liberato, ſaltem pretium, quod is habet, reſtituere debebit: *L. item ſi*, 15. §. 1. *D. de rei vindicat.* poſteriore reſtituere eum oportet rem ſeu eius veram æſtimationem, & quod ex venditione rei amplius lucratus eſt. *L. ſi & rem*, in fin. *D. de hered. pet.* Pro re ablata accipit, velu-

11) Aliud ſi nondum uſucepit. Quo minus enim petitor eam rem perſequi poteſt *d. L.* 21. Ubi Cuiac. 11. *Ob.* 39. Elb. Leonin. 1. *Emend.* 16. *n.* 7. & 8 ac Rod. Fornet. 1. *Rer. Quotid.* 30. pro *quo minus* reponunt *cominus* quaſi dicat ſtatim ſine ceſſione. Nulla neceſſitate. Quia, ceu conciſa oratio, & concitata defendi poteſt, addita nota interrogationis, poſt voculam *poteſt*, ut idem Cuiac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 21.

veluti, si ager qui petitus est, publica auctoritate militibus assignatus sit, modico honoris gratia possessori dato.[12] Id quod in hellis civilibus apud Romanos non raro factum esse didicimus: cum [12] ager aliquis totus auferebatur possessoribus, & assignabatur militibus victoris pro præmio, inter quos & dividebatur pro liberalitate concedentis. Factum certe esse constat a Cæsare victore in agro Cremonensi & Mantuano, in quo cum & ager esset Virgilii, quem deinde beneficio Cæsaris recepisset, ei Virgilius postea eo nomine gratias egit ecloga prima. Sic autem fiebat hæc assignatio interdum, ut pro ablato modicum aliquid honoris caussa daretur possessori, ut quidquid hic ablatum esset, publicæ commoditatis caussa potius, quam in odium aut pœnam possessoris factum videretur. Placet ergo si quid tale in fundo petito contigerit, etiam hoc quidquid est honoris possessorem victum restituere debere, quanvis rei nomine non teneatur. *d. L. item si*, §. 1. *de rei vindic.*

12) *L.* 11. *pr. de evict.* vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 4. *pag.* 48. *& seq.* Cuiac. 2. *Obs.* 9. Pinel. *in Rub. Cod. de resc. vend. P.* 1. *Cap.* 12. *n.* 15. ibique Eman. Soarez. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 1. *n.* 7. Fachin. 8. *Contr.* 63. *& supra Lib.* 4. *Cap.* 27. *n.* 9. *N.* 6. Confer Langlæ. 6. *Semestr.* 2. *pag.* 279.

C A P. V I.

Officium iudicis quod sit in hac actione ad eas res præstandas petitori, quas huius iudicii petitio & restitutio exigit.

Officium iudicis in sententia consistere. De hac duo quæri & statui oportere. I.

1. *Sententiam ferri oportere eum de re petita, tum de eius fructibus & commodis etiam absoluto possessore. Quæ talis sententiæ utilitas.* II.

Contraria removentur. III.

Item condemnari oportere possessorem a iudice fructuum nomine, etiam cum hic de re principali falso iudicavit. IV.

2. *Sententiam talem esse debere, ut pronuntiet rem esse petitoris.* V.

Et restitutionem extantis rei iniungat arbitrio suo, possessori. Arbitrium hoc quale & quid valeat. VI.

Re autem non exstante faciat totius litis æstimationem. Qualis æstimatio, & quotuplex. VII. X.

Si non pareatur arbitrio, militarem manum iure adhiberi a iudice. VIII.

Qui dolo facit, quominus restituat, tanti damnandus, si actor velit, quantum hic in litem iuraverit etsi in infinitum. IX. VII.

Res ubi restituendas quo ex iuris loco docemur. XI.

Quatenus superiorum rerum temperanda restitutio. XII.

I. Atque hæc sunt, quæ caussæ verbo contineri, & in restitutionem huius iudicii venire diximus. Quæ cum restituenda sint petitori, superest, ut quemadmodum illa petit, ita etiam pro potestate iudicii consequatur. Consequitur autem officio iudicis. *L. officium*, *L. item si*, §. 1. *de rei vind.* Id officium positum est in iudicis sententia de his rebus præstandis, & exsecutione iudicio convenientе. De sententia iudicis in hac actione duo quæruntur. Primum an iudex de omnibus rebus, quas supra restitui debere diximus, sententiam ferre debeat, an vero liberum sit ei aliquando de aliquibus sententiam & condemnationem omittere. Deinde quibuscunque de rebus sententiam ferre debebit, qualem eam sententiam & quo exitu esse oporteat.

II. An de omnibus præstationibus superioribus pronuntiare necesse habeat iudex, duobus temporibus dubitari solet; quorum in utroque nonnulla caussa incidit, quæ hanc necessitatem iudici remittere, aut etiam facultatem de omnibus pronuntiandi illi adimere possit videri, quas dubitationes hoc loco removeri oportet. Unum tempus est, cum res petita sine dolo malo & culpa possessoris periit. Nam hoc casu possessorem rei nomine liberari placet. *L. utique*, *L. si a bonæ*, *D. de rei vind.* Quæritur igitur, possessore de re principali ita liberato, an debeat iudex de fructibus & reliquis commodis rei petitæ

titæ sententiam ferre, & possessorem condemnare, quasi re principali sublata non sit his accessionibus locus. Et Paulus indicat in *d. L. utique*, Iudicem hoc casu non solum de fructibus & reliquis accessionibus sententiam ferre debere, sed etiam de re ipsa petita, quæ periit. Quæret ergo aliquis, quam hic sententiam ferat index pro petitore, cum dicamus possessorem debere absolvi. Et erit hæc sententia. Pronuntiabit iudex rem petitam, quæ periit, tum cum petita est, petitoris fuisse, quæ prima pars est sententiæ in hoc genere iudicii receptæ, ut mox dicetur. Verum addet, quia res sine mora & culpa possessoris perierit, se possessorem absolvere eius rei præstatione. At istam sententiam excipit alia dubitatio. Nam possessor rei nomine absolvitur, ut non cogatur eam restituere, an non sententia superior est inutilis tum petitori, tum possessori? quod si est inutilis, cur eam exigimus? Respondet Paulus in *d. L utique*, non modo hoc casu superiorem sententiam inutilem non esse, sed etiam esse necessariam. Quas ergo ad res? propter fructus, inquit, & partus, & stipulationem de evictione. Quibus verbis significat eam sententiam necessariam esse cum petitori, tum possessori ipsi. Necessaria est petitori propter fructus & reliquas accessiones; scilicet ut de his petitori restituendis recte possit iudex pronuntiare: quod nisi præcedente superiore sententia facere non potest. Cum enim fructus & partus eum dominum sequantur, qui & rei unde hæc nata sunt, dominus est: *L. qui scit*, §. 1. *D. de usur.* non possunt recte iuberi hæc petitori restitui, nisi prius constiterit, rem principalem, quæ petita erat, eius fuisse. Necessaria est eadem sententia possessori propter stipulationem de evictione, quia si forte possessor rem petitam bona fide emerit, & velit sibi evictionem præstari a venditore, non aliter id consequi potest neque actione ex empto, neque actione ex stipulatione ob evictionem interposita, quam si res evicta sit iudicio. *L. non solum*, *D. de evict. L. atqui*, *§. cum me*, *D. de neg. gest.* Neque aliter isto modo evincitur, quam si declaratum sit sententia iudicis rem alienam aut pignori obligatam fuisse. *L. si fundum*, *C. de evict.* Hac sententia interposita de re principali, quamvis possessor de re restituenda absolvatur, tamen [1] de fructibus & reliquis accessionibus, quæ amissionem rei antecesserunt, condemnari debet. *d. L. utique*, *de rei vindic.* Quippe hæc aut pervenerunt ad possessorem, & in rem eius versa sunt, aut culpa eius factum est, quominus vel ad eum vel ad petitorem pervenirent: semper autem culpæ nomine possessor condemnatur. *L. qui petitorio*, §. 1. *D. eod.*

III. Videndum tamen, ne huic sententiæ ratio iuris adversetur. Nam primum ita est regula iuris, cum principalis caussa non consistit, nec ea quæ sequuntur, locum habere. *L. cum principalis*, *D. de reg. iur.* Et in eamdem sententiam; cum principales res peremptæ fuerint, etiam ea quæ accessionum locum obtinent, exstingui. *L. 2. D. de pecu.* Atqui in proposito res petita, ut pote periit, est res & caussa principalis, ut pote quæ per se sola in iudicio consistere potuerit: huius autem sequela & accessio sunt fructus, quippe qui rem a qua sunt, sequuntur, & sine ea esse non potuerunt. Quare cum res principalis amissa est, si fatemur liberatum esse ea præstatione possessorem, & ita sublatam eius rei condemnationem, an non consequens est superiori regulæ, deinceps nec condemnationi fructuum, reliquarumve accessionum locum esse? Sane vero consequens, idque ita esse assentior: dum hoc intelligatur, quod regula exigit, ut ne sit accessionibus locus per id tempus, quo res non consistit: regulam autem nihil impedire, quominus quamdiu res constitit, etiam eius temporis accessiones æstimentur. Id vero in ista fructuum condemnatione ita faciendum esse intelligimus. Postquam enim res petita ita periit amissave est, ut possessor sit absolvendus; fatemur ut res principalis, eiusve condemnatio exinde sublata est, ita nec pro eo tempore unquam fructus æstimari, ut in hos possessor condemnetur. Solum eos æstimandos, & in hos possessorem sententia iudicis condemnari dicimus, qui percepti sunt, aut percipi potuerunt per id tempus, quo res petita exstabat: idque ita traditur in *L. si a bonæ*, 21. *D. de rei vind.* Quorum prius cum respondeat plane regulæ convenienter; posterius etiam regula efficiatur, apparet nihil hic dici a nobis, non modo quod adversetur ei regulæ, sed etiam quod non optime cum ea congruat in utrumque tempus, & quo res constitit, & quo esse desiit. Est præterea in *L. 4. C. dep.* quod quis existimet eum locum isti condemnationi fru-

ctuum

1) Recte, & convenit Cuiac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L.* 16. Licet Menoch. *Recup. poss. Rem.* 15. *n.* 521. eam legem intelligat, ratione moræ commissæ, ut cognoscatur, an præcedente mora res perempta sit, nec ne.

ctuum adversari, quæ liberato de re principali reo nunc a nobis admittitur. Illic enim traditur iure actione principali sublata tolli etiam petitionem & condemnationem de accessionibus, veluti usuris. Sed nihil hoc adversus istam condemnationem, quam dicimus. Re enim iudicio semel petita, sic constituitur litis contestatione actio in rem de re petita omnibus præstationibus in iudicium deductis, ut quanvis ea res perierit postea, duret tamen actio ad extremum de eadem re: eiusque rei certissimum argumentum est, quod iudex etiam de ea re pronuntiare debeat, eam petitoris esse, ut modo diximus. Quod certe non fieret, nisi & de eo superesset actio, petitiove, quæ hanc sententiam exigeret.

IV. Alterum tempus est, cum dubitetur, an iudex de fructibus reliquisque accessionibus sententiam ferre & possessorem condemnare debeat, est id quidem, quo res petita adhuc exstat, de qua & iudex pronuntiaverit eam restitui debere, sed errore falsus ita pronuntiavit. Quæritur igitur, si forte cum res & caussa non restitueretur, fructus æstimandi essent, & possessor in eam æstimationem condemnandus, si interim iudex cognoverit se per errorem declarasse rem esse petitoris, an possit omittere fructum & reliquarum accessionum condemnationem ne iniuriam faciat, & priorem errorem novo errore cumulet. Et placet eum, qui semel rem petitoris esse pronuntiavit, & restitui iussit, nullo errore suo iuvari, quanvis re non restituta, etiam de fructibus condemnationem adiicere debeat, & in eorum æstimationem possessorem condemnare. Idque ita faciendum esse disserit Paulus in *L. & ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind.* his argumentis duobus. Primum quod qui de re condemnavit possessorem, vi ipsa iam ab initio condemnavit simul de fructibus. Deinde quia victo possessore absurdum est fructus, aut quidquam ex re petita victi lucro cedere. Quod ait, iudicem qui de re possessorem condemnavit, condemnasse etiam eodem errore de fructibus, probat ex verbis sententiæ. Nam primum iudex declarat rem petitoris esse. Hoc qui dicit, ut nihil aliud adiiciat, satis dicit & fructus esse petitoris: quoniam fructus iure soli; non iure seminis percipiuntur; ut is dominus sit fructuum, qui & dominus est rei petitæ, ex qua fructus nascuntur. Præterea condemnans possessorem iudex, eadem sententia iubet rem restituere. Iubet ergo restituere & [1] fructus, quia restituendi verbo & res & omnis caussa, eoque & fructus continetur. *L. restituere*, *D. de verb. oblig.* Quod si de re possessorem condemnans iudex, condemnavit etiam ab initio de fructibus, recte colligit Paulus, si re non restituta ventum erit ad pleniorem condemnationem fructuum, non posse iudicem caussari ullum errorem prioris sententiæ, quominus debeat possessorem in æstimationem eorum condemnare: idque hac ratione, quæ aliunde sumitur, & in hoc syllogismo propositionis locum obtinet, quod placet, iudicem postea quam sententiam dixit, hactenus iudicem esse desinere, nec posse amplius corrigere sententiam suam. *L. iudex posteaquam*, *D. de re iud.* Quod air, victo possessore non debere fructus lucro eius cedere: probat cum ex conditione victi, quem quidem absurdum est ex ea caussa, in qua victus sit, quidquam commodi capere: tum hoc argumento, quod non debeat possessor victus habere, quod non haberet, si is statim rem restituisset. Hic enim restitutio omnis refertur ad id tempus, quo lis contestata est: scilicet ut eius temporis caussa repræsentetur, ut est in *L. quæsitum*, 91. §. *ult.* *D. de lega.* 1. id est, ut hoc idem explicatius dicitur, ut tantum restituatur, quantum habiturus esset petitor, si eo tempore res restituta esset, quasi iam tum esset restituta. *L. præterea*, *D. de rei vindic.* Quod si factum esset, possessor nihil haberet eorum fructuum, qui postea capti essent. Quare iussus rem restituere, ne nunc quidem eos fructus retinere debebit.

V. Postquam tenemus, ubi sententia iudicis intervenire debeat de præstatione earum rerum, quas hoc iudicio restitui debere diximus, debere autem eum ferre simul de his rebus omnibus, nec quominus id faciat, aut interitu rei petitæ, & eius liberatione, aut ullo errore suo impediri, vel excusari: quod sequitur, videa-

1) Recte. Et hoc de fructibus lite pendente perceptis, de quibus, Paulum loqui, rationes eius convincunt. Quin imo ante perceptos nominatim peti debere, nec non petitos officio iudicis æstimari, omissaque fructuum petitione, nec posse Iudicem in eos condemnare DD contendunt, quos refert Gœd. *ad L.* 22. *de V. S. n.* 15. illisque accedit Cuiac. *in Paulo ad d. L.* 35. Wes. *Conf.* 99. *n.* 13. *& n.* 18. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 16. *n.* 20. quia præteriti temporis ratio non pertineat ad officium iudicis *L.* 25. §. 9. *de ad l. ed.* Sed iis, post Mynf. 4 *Obf.* 55. occurrit Gœd *d. loc. n.* 17. *& seq.* vid. & Wes. *ad h. t. C. n.* 70. *& seq.* Gilman. *Libr.* 2. *Decis. Cam.* 27 *n.* 84. *& seqq.* Confer Tessaur. *Decis.* 135. Ludov. a Peguera *Decis.* 178.

videamus, ubicunque hæc sententia ferenda erit, qualem eam esse oporteat. Et sententia iudicis in hac actione intentionem actoris & petitionem sequitur: quod & similiter servatur in cæteris omnibus. *L. ultim. D. de fid. lib.* At hic intentione & petitione sua [3] duo complectitur. Nam primum se dominum rei petitæ esse contendit; in quo est eius petitionis caussa: deinde quod ius ex hac caussa nascitur, petit, ut sibi restitnatur res sua cum omni caussa damni dati. Huic tum intentioni tum petitioni respondet & subservit sententia iudicis. Ideo habet & ipsa duas partes ad eam rem accommodatas, [4] declarationem dominii controversi, & possessoris eondemnationem superiori petitioni congruentem. Declaratio dominii est, qua iudex ante omnia pronuntiat, rem quæ petita est, esse petitoris. Pars sententiæ prima non in hac actione tantum, sed in omnibus in rem actionibus, qua fit, ut iudex statim ab initio declaret sententia sua ius petitoris tale esse, quale intendit. *L. & ex diverso, §. 1. D. de rei vindic. L. sicut, §. sed si quæritur, D. si ser. vind.* Quam pronuntiationem ideo præcedere oportet, quia ita iam ab initio statuitur id ius, quod postulatæ restitutioni, & sequenti condemnationi locum facit.

VI. Huic ergo declarationi adiicit iudex condemnationem, quæ non est unins generis. Alia est enim, cum res petita exstat; alia, cum non exstat. Re petita exstante habet hæc eondemnatio res duas temporibus distinctas; iussum iudicis de re intra certum tempus restituenda; & si ei iussui non pareatnr, eius ipsius iussus tuitionem ac velut exsecutionem nova sententia constitutam. Primum post declarationem superioris iuris arbitratur iudex rem restitui, ut est in *L. & ex diverso, §. 1. D. de rei vindic.* id est, iubet possessorem rem restituere, ut aliis verbis hoc idem exprimit Ulpianus in *L. qui restituere, D. eod.* Proprie hoc quidem, & pro potestate iudicis. Sed tamen hoc iubens iudex recte dicitur arbitrari, ut id fiat, quia pro [5] arbitrio & æstimatione viri boni & quodammodo amici id iubet, possessori consulens, quo re non restituta graviorem sententiam evitet. Inde & hic iussus dicitur arbitrium iudicis. *L. arbitrio, D. de dol. L. item si cum, §. pro eo, D. quod metus caus.* & quæ actiones hunc iussum habent, dicuntur ex arbitrio iudicis pendere, atque hinc etiam arbitrariæ, *§. præterea, Instit. de act.* Hoc iussu continetur, ut possessor una cum re reliquam caussam omnem restituat, id est, ea omnia, quæ supra cum re restituenda esse diximus, *d. L. restituere, D. de verb. signif.* Quod si possessor præstat in omnibus superioris restitutionis partibus, arbitrio parens, tum hic cessat alia condemnatio, atque adeo possessor absolvitur, ut qui arbitrio iudicis satisfecerit. Cuius satisfactionis & absolutionis habita ratione [6] dictum est olim vulgo omnia iudicia absolutoria esse, *§. ult. Inst. de perp. & tempor. act.* Nisi paret possessor, tum sequitur condemnatio plena, huius iussus tuitionem & velut exseeutionem continens, nt appareat, vere hanc actionem esse arbitrariam: cuius videlicet absolutio aut condemnatio summa ex hoc arbitrio iudicis pendeat, ut est arbitrariarum descriptio in *§. præterea, Inst. de act.* Ex hoc arbitrio, id est, ex eo, quod huic arbitrio paretur, ant non paretur: hinc eondemnatio, illinc absolutio. Hæc condemnatio & exsecutio re petita exstante ita est, ut est contumacia & dolus, aut eulpa tantnm non restituentis rei, cum quo agitur. Nam aut reus rem apud se habet, quam contumaciter non restituit, aut non habet, quia desiit possidere. Si habet, renovat iudex eamdem eondemnationem de re restituenda; sed hac lege, ut nisi pos-

3) Ut duplex caussa petitori proponenda: dominium, & possessio, ita & duplex petitio, ac conclusio. Ex illa pronunciari rem suam esse: ex ista eandem restitui. Quæ propria huius actionis duplex conclusio, ut omnes uno ore teste Wes. *ad h. tit. Cod. n. 31. & Cons. 13. n. 10.* Sustinetur tamen libellus, qui non petiit declarari dominum, sed simpliciter rem possessam restitui, Meichsner. *Lib. 1. Decis. Camer. 40. n. 17.* Wult. *Cons. Marp. 20. n. 5. Vol. 3.* Ioan Bapt. Asin. *de Exsecut. §. 3. Cap. 223. n. 2.* P. Frider *Lib. 3. de Continent. caussar. Cap 23. n. 18.* & Wes. *d. n. 31.* Nam etsi Iason id controvertat, quod petitio restitutionis, possessorio communis sit; differentia tamen, quod ibi possessio, hic autem res restitui postulatur, Weseo. *Cons. 21. n. 13.* Et qui rem restitui expresse petit, tacite quoque, ac in consequentiam, se dominum declarari, per regulam, Qui vult consequens, &c. Asin. *d. loc.* sed hoc ita, si dominium in narratione deductum, alias libellus, ceu ambiguus, reiicitur, Wes. *d. n. 31. & Cons. 21. n. 3. ac 4.*

4) Non vero adiudicatiooem, etsi ita vocet Ant. Fab. 16. *Coniect. 17. & 18. Err. Pragm. 5.* Neque enim sententia hac dominium acquiritur, sed antea acquisitum declaratur. Nec novi quid illa inducit, sed quod est demonstrat *L. 8. §. 4. si ser. vind.* Cuiac. 21. *Pauli ad Edict. in d. L. 35. §. 1.* Wes. *in hoc tit. Cod. n. 58. ac in Supplem. in Sueidvin. ad §. ult. I. de off. iudic. n. 43.* Vult *ad §. 1. I. de act. n. 60.* Gifan. *ad L. 40 §. 2. de Procur. n. 26.* Casp. Schifordegber. *Lib. 2. ad* Ant. Fab. *Tract. 22. Q. 1.* Gilken. *de Præscript. P. 2. Memb. 1. Cap. 21. n. 2.*

5) Vid. *infra Lib. 26. C. 5. N. 2.*

6) Recte & ita Obrecht. *Disp. 12. C. 9. n. 411.* Etsi Baro *in L. 73. de Procur.* id ita accipiat, non quod iudex, si post litem contestatam solutum sit, semper debeat absolvere, sed quod ei permissum sit, ut ex eius officio pendeat, quod possit absolvere, vel condemnare, Alciat. 7. *Parerg. 12.* scribit proverbialiter hoc dictum posse eo trahi, quod pœnitenti sit parcendum, etsi res non omnino integra. Alter Marcil. *in Legis 12. tab. Collect. & interpr. C. 8.*

possessor statim restituit, transferatur ab eo possessio manu, & quidem si opus est, manu militari: quod reliquum est, fructuum & reliquarum omnium accessionum, quæ aut non exstant, aut non apparent, fit condemnatio sine alia translatione; condemnatio autem in earum rerum æstimationem: quæ æstimatio qualis esse debeat, mox in commune de totius litis æstimatione dicetur.

VII. Quod si reus rem non habet, quam ob caussam non potest restituere, tum condemnatur in totius litis æstimatione. Quod ita recte fit, dum scilicet & res petita, & fructus, & cætera lucra, quæ restitui debere diximus, certa summa æstimantur, in quam condemnatur reus: ut sic fiat certa sententia, quæ aliter non valet. *L. in sententiis, D. de re iud. tit. C. de sen. quæ sine cer. quan. prof.* Sed prius res ipsas certa summa æstimari oportet. In quo non eadem adversus omnes res servatur æstimatio: sed hæc pro conditione reorum duplex est: alias quanta actori iurata est, alias vera. Idque ita se habet. Nam si possessor dolo fecit, quominus possideret, damnatur quantum actor in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, & vero ita damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quominus posset, 7 damnatur tantum in veram æstimationem. Has partes sententiæ docendi caus-

7) Ratio. Vetat quoque *d. L.* 11. ordinariam militum stationem converti ad usum privatum, vid. *L. ult. C. eod. Nov.* 116. Non autem exsecutionem, quæ per ministros & apparitores, seu viatores magistratuum fit, qui instar militum, gladio, & vi exsequuntur, Oldend *in Miscell. post Progymnasm. act. pag.* 1258. Vetat, inquam, non omnem executionem militarem, sed militarium audacium, de qua *d. L.* 11. accipienda tum ex titulo, sub quo posita, tum ex *L.* 8. *C. de off. rect. prov.* Manus enim militaris duplex. Non Castrensis, quo refertur manus apparitorum, & stipatorum, ac viatorum magistratuum, qui & officiales, per quos decreta exsecutioni mandantur *L. ult. §. ult. Quod met. cau. L. ult. de iudic. L.* 50. *de evict. & LL. similib.* citatis a Iustin Meiero *Eudox. Iustin. Decade* 3. *Cap.* 4. *n.* 6. Manum Prætoris vocat Cic. 2. *Verrina* Prætoriam potestatem, Ulp. *in L.* 2. *§.* 2. *Si ventr. nom. mul.* Scip. Gentil 1. *de Iurisd.* 17. 2. Castrensis de qua *d. L.* 2. *C. de off. mil. iudic. d. L. ult. C. de his qui latron. L.* 8. *C. de off. mil. provinc.* Quomodo & exsecutionem militarem *in L.* 5. *C. de iurisd.* accipit Vult. *ibidem n.* 11. Quanquam, & ibi exsecutio militaris licita alias exaudiri possit, sed prohibita ibi in vetito examine, seu iurisdictione incompetenti. Plane ordinaria exsecutio per ministros magistratus fit, sine vi, *L.* 5. *§.* 25. *Ut in poss. leg.* cum videlicet reus non resistit inducenti victorem, in possessionem. Et quandoque arbitri dantur ad exsequendum, vel iudices, qui de iudicato cognoscant *L.* 75 *de iudic. L.* 15. *§.* 6. 7. *&* 8. *de re iud.* Ast quando hoc modo res expediri non potest, ac elusoria sint edicta, ac decreta *d. L.* 75. extra ordinem iure suæ potestatis exsequi oportet magistratus, etiam per manum militarem *L.* 9. *pr. Ne vis fiat ei, qui in poss. d. L.* 5. *§.* 27. *Ut in poss. leg. d. L. ult. §. ult. Quod met. Cap. d. L. ult. de iudic.* Briss. 4. *Antiq.* 2. Sc. Gent *d. C.* 17. qui usum hunc coercitionis incivilem vocat, per *d. L. ult. § ult. L.* 1. *§* 2. *Si ventr. nom. mul.* est non semper iniustum, verum cum potente adversario fit, sine caussæ cognitione, ut in *d. §. ult.* Itemque cum aliud civile, & ordinarium remedium adest *d. L.* 1. *§.* 2. Quæ lex nihil obsistit, aut dictæ *L.* 9 aut *d. L.* 68. nostræ, qua loquitur de eo, qui dolo venit in possessionem, sed nondum restituit decreto prætoris, Fac. 7. *Q.* 13. Quia ubi interdicto post modum victus, non paret, tunc prætoriæ potestate opus est *d. L.* 9. Facessant iam argutiæ iuris nostri novatoris *ib. Conject.* 17. *&* 18. *Err. prag.* 5. vim semper exosam, alienam a publica honestate legumque auctoritate, proinde nec in exsecutione adhibendam exclamantis, per *d. L.* 1. *§.* 2. *Si mul. ventr.* Nam imo quæ res in privato vis est, non est in magistratu officium suum exsequente, Gaed *de Contr. Rep. C.* 9. *n.* 68. Neque hac ausa ea, iurique ministra *supra Lib.* 15. *C.* 40. *N.* 3. ulli fit iniuria, quin ea vim privatam rei iniustæ reluctantis convellat Iust. Meier. *Eudox. Iustin. Decade* 3. *C.* 4. *n.* 6. Nam & *civiles res, nisi admissum habeat robur militum, infra mediocritatem auctoritate carebit*, ut est in *Nov.* 26. *C.* 1 *in fin.* Enimvero exsecutionem militarem, ac violentam subsidiariam præter adductas LL. aliæ plures comprobant. Sic dominus deiiciendus de possessione damni infecti cavere nolens *L.* 15. *§.* 27. *de dam. inf.* & tradere compellitur *L.* 10. *de inserr. in rem fac.* Et auferri dicitur res a victo *L.* 21. *§.* 2. *in f. de evict.* ac qui obtinuit, in possessionem induci *L.* 5. *§.* 1. *cir. med. Ut L. seu fid. serv. ca.* transferri possessio per iudicem *L. ult. h. t.* Denique & *d. L.* 1. *§.* 2. valide contra Fabrum retorquetur. Neque enim absolute sibi negatur manus ministrorum, sed in eo casu, caussa nec dum disceptata, ex interdicto, Quin imo diserte ibi hæc prætoria potestas dicitur, quæ nec frustranea sit, oportet. Verum expendamus quoque, quibus aliis novator ille moveatur, ut *d. L* 68. quam totam, nec verbulo dempto, Triboniano adsignat, ceu iuris rationi adversam insectetur. Et quidem quæ contra alia membra eiusdem profert, alio suoque loco, si operæ videbitur, excutiemus. Hic quæ reliqua sunt huius loci. Quid absurdius, aut incivilius est, exclamat ille, quam exsecutionem fieri, priusquam perveniatur ad condemnationem; manum militarem adhibere in eum, qui nondum iudicatus est *L.* 4. *C. de Exsec.* Atqui iussus ille de restituendo non est condemnatio, sed arbitrium. Nam cum sententia dicta, iudicis officium quiescat, consequitur nec adiudicationem, qua dominus declaratur actor, neque arbitrium sententiam esse, cum & nec condemnationem, nec absolutionem contineant. Resp. Immo, & declaratio dominii & iussus, veræ sententiæ partes sunt, ut hic Donellus noster & utroque modo res vere iudicatur, ut abunde probant LL. quas profert Meier. *d. Decade* 4. *C.* 4. ac nos aliquando in tractatu de bona & mala fide, &c. accuratius expendemus. Verum esto, non sit sententia, vel mera interlocutio, decretum, præceptum, vel quocunque modo appellet. Nunquid non quævis decreta, ad effectum perduci interest *L.* 75. *de iudic.* Nunquid non & interlocutiones iudicis (ex. gr. instrumenta edi, testes, produci iubentis) præcisam parendi necessitatem habent? Quid, quod & ubi reo se possidere neganti, & convicto possessio aufertur *L. ult. h. t.* nulla principalis sententia præcedit, quippe cum lis dominii eo ipso non finiatur, vid. *supra C.* 3. *N.* 17. *sub fin.* Et iussus sane dicitur hoc arbitrium, proinde ex vi verbi, & natura relationis auctoritatem cogendi continet. Pergit Faber: Eo ipso quod Tribonianus iubient fructuum duntaxat, &c. nomine condemnationem fieri, priori sua tradita convellit. Nam post sententiam definitivam exsecutioni mandatam iudex de fructibus pronunciare nequit. *L.* 3. *C. de fruct. & lit. expens.* Resp. Sane Marc. Lucklama *ad L. vinum* 22. *de reb. cred.* hinc, ut apparet, motus *d. L.* 68 explicandam, ex *L. ult. h. t.* censet quasi is, qui contendit, se non posse restituere *d. L.* 68. perinde faciat, ac qui se possidere negat *d. L. ul.* proinde eadem utriusque pœna, translatio possessionis. Sed errat (1) quia in *d. L. ult.* illa translatio ei qui rem suam esse non adprobavit, fit salvo proprietatis iure, nec ea finitur lis dominii, sed conventus ipse postea actoris vice fungi potest, ut *supra C.* 3. *d. N.* 17. *sub. fin* Ast in *d. L.* 68. iussus, ac arbitrium de restituendo sequitur (ordine naturæ,) vel coniunctum est declarationi dominii *L* 35 *§.* 1 *h. t.* 2. In *d. L. ult.* nulla fructuum condemnationis mentio. Quin si eos expetat, cui possessio restituta est, rem suam esse ut adprobet, ac tantisper adversam possessionem relinquat oportet, ut *d. N.* 17. vel saltem, quod consultius erit, speciali actione fructus seorsim vindicet. Neque enim ei petitioni obstat *d. L.* 3. *C de fruct.* cum eo modo, terminatum, transactumque negocium non sit. Quare ita occurrendum est Fabro. Post sententiæ exsecutionem, lis de fructibus non superest, scilicet post plenam totius senten-

caussa a nobis distincte notatas breviter complexus est Ulpianus in *L. qui restituere, D. de rei vind.*

VIII. In quibus tria præcipue animadvertenda sunt. Unum, quod dicit de manu militari: alterum, quod dicit reum qui dolo desiit possidere, quantum adversarius in litem iuraverit, damnandum esse: tertium quod dicit de iureiurando in litem sine ulla taxatione servando. Ait manu militari possessionem transferri ab eo, qui restituere iussus contumaciter detrectat. Opponuntur isti exsecutioni posteriorum Imperatorum constitutiones duæ, quibus exsecutio militaris penitus prohiberi videtur. Prohibetur. *L. 1. C. de off. milit. iud.* his verbis: *nunquam omnino in negotiis privatorum vel tuitio militaris, vel exsecutio tribuatur*. Dicendum est, hæc [8] verba ad exsecutionem sententiæ, quæ fit a magistratu, non pertinere. Tunc enim a tribunis & præfectis militum tribuitur exsecutio militaris in negotiis privatorum cum postulantibus privatis ipsorum gratia tribuitur. Cum autem agitur de exsecutione sententiæ magistratus, ad quam exsequendam magistratus manu militari indiget, forte adversus possessorem potentem, si hic ista exsecutio tribuitur; non tribuitur in negotio privati, sed publico. Nam ut rebus iudicatis stetur pro imperio magistratus, non privatim, sed publice interest, ut est in *L. servo. 65. §. cum prætor. D. ad Treb.* id est, in eo non privata, sed publica utilitas versatur. Obstare etiam putatur *L. ult. C. de his qui latr. vel al. crimin. reos occult.* Illic in §. 1. illis verbis; *non ignaro iudice*. districte interdicitur ne magistratus ad ullorum hominum investigationem, præterquam latronum & aliorum nocentium militare auxilium adhibeat. Sed res loquitur, longe aliud esse militare auxilium adhibere ad hominum non nocentium investigationem, aliud adhibere ad sententiæ latæ, quæ publice tuenda sit, exsecutionem. Proinde qui in investigatione hominum militare auxilium interdicit, non ideo in sententiæ exsecutione adhiberi vetat.

IX. Quod ad iusiurandum in litem attinet, ait Ulpianus, eum qui dolo fecit, quominus restituere posset, damnandum esse, quantum actor in litem iuraverit. Id sic accipiendum est, si actor admittat id iusiurandum. Quod si possessor quidem dolo

tentiæ, omniumque eius partium, post absolutum, & dimissum iudicium, ut loquitur *d. L. 3.* Translatione autem fundi non exsequitur iudex totam sententiam. Nam illa, non rei modo, sed & fructuum restitutio continetur, ut Donellus *h. C. n. 4.* & firmatur §. 2. *l. de off. iudic. L. 17. C. h. t.* Fructuum autem nomine *dumtaxat* dicitur condemnatio fieri, scilicet in æstimationem, quando restitui ipsi non possunt. Noli hinc inferre, ideo rei principalis condemnationem non fieri. Neque enim dicitur *dumtaxat ad fructus*, sed *fructuum nomine* condemnatio; in aliam rem scilicet nempe eorum valorem, ac pretium cum contra non rei principalis *nomine* sit condemnatio, sed in ipsam rem. Taceo, quod *d. L. 3.* nihil de fructibus disponit, sed de sumptibus, & impendiis litis, quorum in multis dispar, atque fructuum ratio. Postremo obstrepit Faber: Posita manu militari, usum iurisiurandi in litem tolli, nec relinqui id nisi uno casu, quo dolo possidere desiit reus, eo quod, non nisi ex necessitate iuris defertur *L. ult. de in lit. iur.* proinde ei locus nullus, ubi alia certiori ratione consulitur victori. Atqui, ait absurde deteriori loco ponitur ille, qui restituere nequit, quam ille, qui adhuc retinet rem, & dolo restituere detrectat. Quin, nec aliam ob caussam, contra istum iuratur, quam quia pro possessore habetur. Denique caussa inducendi iurisiurandi in litem, ne liceat rem alienam invito domino retinere *L. 25. §. 1. Sol. matr.* ei potissimum, cui copia est restituendæ rei, convenit. Resp. Sed prioribus satis occurretur *infra suo loco Lib. 26. C. 9.* Quis autem sensus sit *d. L. ult.* vid. *d. Lib. 26. C. 12.* Non deteriori loco esset, qui dolo desiit possidere, si alio modo tunc plene posset victori consuli. In *d. L. 25. §. 1.* autem allegata ratio, aperte accommodatur ei, qui possessionem dolo amisit. Nec ideo contra hunc iuratur, quia pro possessore, sed quia hæc iusta doli coercitio. Quod si vero, eo quoque casu, quo possideat reus, actorem necessitati iurandi subiicit, eo ipso per contumaciam rei is oneraretur, dum ancipitis periurii, periculum subiret. Ac sæpiuscule, qui ad iurandum timidiores, & religiosiores, eius vitandi timore, rem minoris iusto æstimantes, iacturam eum iniusti possessoris commodo facerent. Ut vel hinc appareat aperta iniquitas novæ Fabri opinionis, qua posita, cuivis improbissimo prædatori ansa præbetur, eos, quos perquam timidos usque ad superstitionem iuxta *L. 8. pr. de cond. inst.* noverit, rebus suis exuendi, postea iudicio repetentibus duram iurandi conditionem imponendo. Facessant igitur, facessant hic, & ubique eiusmodi legum nostrarum cavillationes, ac innovationes, quæ non ad iuris rationem reducunt, sed ab ea abducunt, illamque pervertunt penitissime. Age enim tu, qui nullum omnino locum esse coactioni violentæ, in exsequendo iudicato, prave detorta *L. 1. C. de off. mil. iud.* contendis, dic, sodes, quam ulli sententiæ parendi necessitatem reliquis. Condemnabitur, inquis, reus in æstimationem, quanti in litem iuratur. Quid si eam præstare nolit? Capientur, dices, pignora, indicetur mulcta. Quid si nec hanc persolvat, illa capi impediat, vel prohibeat? Necesse erit tandem ad vim venire, manumve militarem, sine quo, res etiam civilia auctoritate carebit *Novell. 26. Cap. 1.* Fateor raro, & non nisi re urgente, fieri hanc militarem exsecutionem debere *L. ult. de iudic.* Monendus enim prius victus, ut obtemperet, quam cogendus, maxime si potentior, aliave incommoda metuantur, *L. 13. §. 3. de Usufr.* Et plerique sane parere malunt sententiæ, quam vim experiri; eam tamen vim si non formidarent, nec plerique parerent. Nimis, quam id verum esse, experiuntur multi, qui cum in augusta Augustæ Nemetum Curia, caussas suas egerunt, & peregerunt post tanta temporum spatia, totque impendia litis, tandem victoriæ fructu sententiæ, cui victi, sæpe impune (qui seculi huius abusus!) non parent, destituuntur. Sed piget de his plura. Obiiciunt alii: Obligatio faciendi non est præcisa, sed interusurii præstatio liberat. Resp. Oldend *supra d. loc.* Obligatio scilicet quæ ex conventionibus, non quæ ex præcepto iudicis, vel legis. Nam quæ ad iuris exsecutionem spectant, nihil commune habent cum iis, quæ ad constituendam obligationem, Gœd. *d. C. 9. n. 60.* Cæterum officium iudicis in *d. L. 68.* recte exponit Baro *de Iurisd. f. 44.* ordinarii scilicet magistratus, confer *supra Lib. 17. C. 21. n. 4. N. 3* non pedanei, etsi aliter Duar. de sententia iudicis accipiens *1. Disput. 53 & in Apolog. contra Baron. n. 16.*

8) Quod & probat *L. 63. h. t.* verbis: *ex sententia iudicis*, quæ arguunt æstimationem non fieri iureiurando actoris, Cuiac *ibid. in Papiniano*. Et quod ex culpa non restituentis, æstimatio, non actori, sed iudici permittatur, Oldend. *Class. 3. Act. 2. pag. 322.*

dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est: hoc totidem verbis in *L. quod si, 71. D. de rei vindicat.* Addit Ulpianus, damnandum possessorem, quantum adversarius possessor in litem sine ullâ taxatione in infinitum iuraverit. Quod ait ita damnandum, necessitatem damnationis ostendit, & hoc significat, necesse habere iudicem tanti reum damnare, nec iure posse aliter. Hoc vero videri potest multis locis adversari, quibus constanter traditur, posse iudicem taxatione refrenare iusiurandum in litem, eius quantitatem taxare, modum ei iuriiurando statuere. *L. arbitrio*, in princ. *D. de dol. L.* 3. *§. praeterea, D. ad exh. L. videamus, §. iurare, D. de in lit. iur.* Sed nihil habent hæ sententiæ contrarii. Tunc enim locum habent cum rebus integris de deferendo iureiurando in litem agitur, quæriturque an cogatur iudex id simpliciter deferre, ut iurare liceat actori sine ulla taxatione in infinitum. Et placet iudicem non cogi ita deferre, sed posse modum & quantitatem taxare, non ad quam revocetur iusiurandum iam præstitum, sed ad quam usque iuretur postea, ne arrepta delati occasione in immensum iuretur: idque ita explicatur in *d. L. videamus, §. iurare, de in litem iur.* Cæterum si sine ulla taxatione iudex iusiurandum in litem detulerit, quanvis manifeste modum excesserit iustæ æstimationis, iurans se tanti rem suam æstimare, cogitur iudex sequi id iusiurandum, ut tanti reus damnetur, nec potest id mutare nisi ex magna caussa, quod & ipsum traditur in *d. L. videamus, §. pen. de in lit. iur.* Et de hoc iureiurando loquitur Ulpianus in *d. L. qui restituere.* Apparet ex verbis: non enim dicit reum damnandum esse sine ulla taxatione in infinitum, ut hæc verba referantur ad verbum, damnandus est: sed damnandum, quantum sine ulla taxatione in infinitum iuraverit. Is autem solus iure ita recte iurat, cui iuraturo iudex modum & taxationem non præfinivit, ad quam usque iuraretur. Nam cui quantitas iurisiurandi præstandi taxata est, hanc illi excedere non licet.

X. Hæc dicta sunt de condemnatione huius iudicii, cum res petita adhuc extat in rerum natura. Quod si non extabit, tum postquam declaravit petitorem dominum esse, quam primam partem sententiæ iudicis in hac re esse diximus, statim condemnatio fit in litis æstimationem, servata superiore distinctione, quam in rebus æstimandis pro conditione rerum servandam esse diximus. Et hoc intelligimus, hoc casu nullum præcedere arbitrium iudicis de restituendo, utpote ineptum & elusorium futurum, cum constet non esse, quod restituatur. Hoc in *L. arbitrio, §.* 1. *D. de dol.*

XI. Illud in iis rebus quæ restitui debent, si mobiles sint, nec sint in eo loco, ubi agitur, quæretur, ubi officio iudicis restitui debeant. Et extat de eo distinctio dilucide scripta in *L. si res mobilis*, 10. & *L.* 11. *L.* 12. *D. de rei vind.* inde sumetur.

XII. Sed quæcunque petitori restituenda esse, quæcunque eo nomine in condemnationem iudicis venire hactenus diximus, omnis hæc restitutio & condemnatio cum hac exceptione accipienda est, quam initio huius restitutionis posuimus, ut superiora omnia restituenda sint petitori, dum in his restituendis non potius locupletior fieri cum damno & iactura possessoris. Quod si faciet, iure possessor hoc damnum a se amoveri postulabit, nec prius cogi rem restituere, quam amoto damno. Ut, si possessor impensas in rem petitam fecerit, quibus petitor locupletior fiat re restituta, & impensis his non deductis velit petitor sibi rem petitam restitui: iure possessor hanc iniquitatem recusabit, desiderabitque, ut sibi ante omnia eas impensas deducere liceat. Sed quia hoc ad ius possessoris pertinet, de eo separatim in huius persona dicendum est. Et vero cum possessoris quoque ius ad tuitionem huius iudicii pertineat (est enim iudicium utriusque caussa comparatum & actoris & rei) satis autem huc usque dixerimus de iure petitoris; superest, ut deinceps de iure possessoris breviter cognoscamus.

CAP. VII.

Quæ possessori in hoc iudicio tribuenda sint officio iudicis, sive is vincat, sive vincatur: & in his præcipue de impensis in rem petitam factis, quas, & quando, & qua via possessor a petitore consequatur.

Officium iudicis cum possessore duplex 1. ut hunc absolvat, si vicerit. Quot ex caussis ita absolvendus. I.
2. Sin victus ut præstetur indemnis a damno cum præterito tum futuro, obiter utrumque quid sit. II.
Propositum auctoris & methodus. III.
Impensarum tria genera, & quæ, intersit an fructuum, an rei ipsius caussa factæ. IV.
Fructuum caussa factas sive necessarias sive utiles a quocunque possessore deduci. V.
Cur non idem iuris in aliarum rerum utilibus impensis. VI.
Ipsius rei caussa factas, utique necessarias deduci etiam a possessore malæ fidei, & quare. VII.
Contrariis occurritur. VIII.
Petita re non extante deduci necessarias, si petatur æstimatio rei, aliter non posse deduci. IX.
Contraria refelluntur: & quid singularum rerum petitio ab hereditatis petitione differat, eatenus explicatur. X.
Deductionem utilium impensarum in bonæ fidei possessore æstimari ex persona petitoris, vel ex caussa. XI.
Ex persona: an dives, an pauper. XII.
Dives illarum nomine tenetur, cum rem totam petit, non deductis sumptibus. XIII.
Non tenetur, si paratus sit has impensas cedere possessori. XIV.
Obviam itur contrariis. XV.
Cur in deducendis impensis necessariis nulla eiusmodi distinctio. XVI.
Pauper utiles reddere non cogitur. XVII.
Nisi ex caussa. Hæc triplex, qualis unaquæque. XVIII.
Sed tamen idem permittet possessori tollere quod posuit. Hoc quatenus. XIX.
In possessore malæ fidei nulla utilium impensarum deductio. XX.
Contraria diluuntur. XXI. XXII.
Potest tamen & is tollere quod posuit, modo sine damno petitæ rei, & sui commodo faciat, exponitur §. ex diverso 30. l. de R. D XXIII.
Voluntariæ impensæ non deducuntur ne a bonæ quidem fidei possessore. XXIV.
Nisi eædem pro voluntate petitoris fiant utiles; tales fieri duplici modo. XXV.
An quod & posuit ad voluptatem malæ fidei possessor, iure tollat sine petitoris damno. XXVI.
Impensæ deducendæ pensantur fructibus etiam perceptis a possessore bonæ fidei ante litem contestatam. XXVII.
Sumptus exceptione doli mali per retentionem servari ex officio iudicis, & hoc quali. XXVIII.
Exceptione & retentione omissa nullam esse reliquam actionem, qua iidem petantur. XXIX.
Contrariis occurritur. XXX.
Possessor idonea cautione tuendus adversus damnum quod ipsi ex obligatione caussa petitæ rei suscepta metuitur. Duplex illud, & quale. XXXI.
An cum petitor accepit a possessore rei præsentis æstimationem, cavere ille debeat de evictione. XXXII.
Quid si æstimatione præstita a possessore res aberit: an petitor caveat de re tradenda, vel actionibus cedat ad rem persequendam. XXXIII.

I. IUs possessoris, quod ad tuitionem huius iudicii pertineat, duplex est. Unum vincentis, alterum victi. Vincentis ius est, ut quem compertum erit rei vindicatione non teneri, is officio iudicis & sententia absolvatur. Et quantum ex his facile colligi potest, quæ de actione in rem recte instituenda supra diximus, cui competat, adversus quem, quam ad rem: quatuor maxime modis fit, ne possessor rei vindicatione teneatur, ut condemnari debeat: ac totidem etiam accidit, ut absol-

solvatur. Uno, si nec ab initio possedit, nec postea probatur possedisse in diem rei iudicatæ, neque is est, qui se liti offerens petitorem dolo deceperit. *L. sin autem*, §. 1. *L. is qui se*, 25. & *L.* seq. *L. ult. D. de rei vindic.* Altero, si petitor se dominum esse non probavit. Actore enim non probante reus obtinet, id est absolvitur, quanvis nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare*, *C. de edend. L. ultim. C. de rei vindicat.* Tertio, si cum initio possideret, & actione in rem teneretur domino agente, res inter moras litis sine dolo malo & culpa possessoris periit. *d. L. sin autem*, §. 1. *L. si a bonæ*, *D. eod.* Postremo, si qua exceptio a possessore obiecta est ex iis, quibus possessorem adversus petitorem defendi supra suo loco diximus. *L. officium*, *D. eod.* Sane illo casu, cum res inter moras litis sine dolo & culpa possessoris amissa est, sic de re absolvitur possessor, ut interdum cavere debeat de re restituenda. Quod accidit, cum servus petitus est, & is cum custodiri non deberet, interim a bonæ fidei possessore usucaptus, postea ab eo fugit. Placet hoc casu possessorem servi nomine absolvi: sed tamen cavere debere, si tanquam dominus eum servum nactus fuerit, se eum restituturum: hoc in *d. L. si a bonæ*, cir. fin.

II. Victi possessoris ius est, quod & hoc iudicio consequi debeat officio iudicis, ut quodcunque damnum est, in quod possessor propter rem petitam incidat; quod quidem æquum sit ei a petitore amoveri, eius omnis damni illi indemnitas præstetur, nec prius cogatur rem restituere. Id damnum duplex est; præteritum, & futurum. Præteritum, quod iam factum est, versaturque in impensis in rem petitam a possessore factis; futurum, quod nondum factum est, sed re restituta iuste metuitur possessori futurum: nasciturque ei aut ex obligatione rei nomine ab eo suscepta, aut ex conditione rei, quam præstita æstimatione retinet. Utriusque huius damni indemnitas a possessore postulari solet. Ubi hanc, & qualem, tum qua via in his consequi debeat, videamus.

III. Ac primum de damno præterito impensarum dicatur: si prius monuero de verbo, quo maxime in hac re usuri sumus. Etsi enim sic impensarum nomine præstari potest indemnitas, ut alias hæ refundantur a petitore, sic deinde is rem suam recipiat; alias cum possessor in rerum æstimationem damnandus est, ante omnia deducantur impensæ, ut his deductis sic deinde possessor in id quod superest, condemnetur: tamen ne necesse sit eadem sæpius inculcare, pro ista omni præstatione deductionis verbo potissimum nunc utemur. Ergo impensæ in rem petitam a possessore factæ, ante omnia ab eo [1] deduci possunt: sed hac conditione omnino, quatenus hoc illi concedi æquum est, quod ita fit, si petitor re restituta his impensis locupletior fiat, & his retentis quærat lucrum cum possessoris iactura facere: quæ huius deductionis omnis æquitas est. *L. plane*, *D. de hered. pet.* Hac conditione fit, ut non omnes impensæ in rem petitam factæ repeti, deducive possint, neque pariter ab omnibus possessoribus. Quæ igitur, & a quibus possunt? Et de eo ex genere impensæ primum, deinde ex persona possessoris statuendum est.

IV. Genera impensarum sunt tria. Quædam sunt necessariæ, quædam utiles, quædam voluptariæ. *L. impensæ*, *D. de verb. sign. L. 1. D. de imp. in res dot. fac.* Necessariæ sunt, quibus non factis res peritura fuit, aut fuit deterior futura: sic definiuntur in *d. L. impensæ*. Ideo necessariæ dictæ, quod ad rem conservandam necesse sit eas facere. Huius generis sunt, quæ conferuntur ad refectionem & tuitionem ædificiorum, ad agrorum solitam culturam, ad animalium valetudinem curandam, ad alimoniam & cibaria: quarum plura exempla proponuntur in *L. 1. §. ult. L. 2. 3. 4. D. de imp. in res dot. fac.* Utiles tantum sunt, quibus res carere potuit, ut his non factis non minus res esset integra, quam ante: sed quæ factæ fructum augent. Cuiusmodi impensæ sunt earum rerum, quæ nunc primum instituuntur in re petita: ut, si ædificetur in area petita, si servi instituantur, doceanturque aliquod artificium. Voluptariæ sunt, quæ ad

[1]) De impensis deducendis a bonæ vel malæ fidei possessore, plenius & exactius, Deo dante, tractabo aliquando, in commentariis de bona, & mala fide, &c. Ubi reperies, non usquequaque consentientia illis, quæ de hac materia tradunt Menoch. *Arb. Cap.* 258. & *Recup. poss. Remed.* 15. 500. & *seqq.* Tiraq. *de Retr. lign.* §. 15. *Gl.* 1. & *de Retr. convent.* §. 7. *Gl.* 1. Sich. *ad L.* 5. *Cod. hoc tit. n.* 6 & *seqq.* Petr. Barbosa *ad L. divortio* 8. §. *ult. D. Sol. matr.* Gomez. *in L. Tauri* 46. Cuiac. 10. *Obs.* 1. & 4. *ac in Paulo ad L.* 38. & 40. *de pet. her.* & *L.* 27. §. *ultim. hoc tit.* Marc. Mantua *Singul.* 52. Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 10. Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 50. Anton. de Gamma *Decis.* 309. Achill. Personalis *Tr. de Petit. hered. n.* 670. & *seqq.* Vital. 1. *Var. Lect.* 20. Anton. Fab. 2. *Coniect.* 1. & *Decade* 26. *Err. Prag.* 8. 9. 10. Casp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad Anton. Fab. Tract.* 12. Marc. Lycklama 7. *Membran.* 4. Fachinæ 1. *Contr.* 55. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap.* 13. *n.* 32. *usque ad n.* 71. Bronch. 3. *Enant.* 17. Gœd. *ad L.* 79. *de V. S.* Sc. Gentil. 1. *de Don. int. vir. Cap.* 40. Io. Bapt. Costa *de Facti scientia. Dist.* 65. *Centur.* 1. Moller. 1. *Semestr.* 30. Elo. Leonin. quiscite 4. *Emend.* 1. Gilken. *Tr. de Impens.* Ioan. Garsia Gallecus *Tr. de Expens. & meliorat.* aliique plures.

voluptatem tantum sunt comparatæ, quæ eædem speciem rei ornant sine ullo fructu: ut viridaria, aquæ salientes, incrustationes parietum, loricationes, picturæ: indicantur hæc in *d. L. impensæ. de ver. sig. L. 5. §. ult. L. voluptariæ, D. de imp. in res dot. fac.* Non omnes vero hæ impensæ in eadem caussa sunt, cum de earum deductione agitur. In his iam a principio hæc distinctio summa servatur, ut plurimum intersit inter impensas fructuum caussa factas, & eas quæ fiunt ipsius rei caussa, vel conservandæ, vel augendæ, vel ornandæ.

V. Impensæ in fructus factæ eiusmodi sunt, ut quædam possint videri utiles tantum, quædam necessariæ. Quæ fructuum quærendorum caussa fiunt, quoniam fiunt ante, quam ulli sint fructus, tantum ut res fructum ferat, quæ alioqui sine hoc fructu erat futura; ideo recte dixeris hactenus has impensas esse utiles, non necessarias. Quæ autem fructibus iam enatis, fiunt horum fructuum cogendorum aut conservandorum caussa, eas palam est esse necessarias; quoniam sine his fructus qui esse cœperant, aut perituri fuerint, aut deteriores futuri. Sed nihil ad rem pertinet hæc distinctio. De his una communis omnium definitio est, quicunque fructus usquam, aut in ulla actione restituendi sunt, eos restitui non debere, nisi [2] deductis impensis, quæ quærendorum, colligendorum, conservandorum fructuum caussa factæ sunt. Nec interest, quis possessor sit, qui hos sumptus fecerit, utrum bonæ an malæ fidei. Æque ad omnes hæc deductio pertinet, nec ullus casus intervenire potest, qui hanc deductionem possessori adimat. Exstat definitio in *L. si a domino. 36. §. ultim. D. de hered. petit. L. fundus, 51.* in princ. *D. famil. ercifcun. L. fructus, 7. D. solut. matr.*

VI. Cur non idem receptum sit in aliarum rerum utilibus impensis, quæret aliquis, cur sine exceptione receptum sit in impensis huius generis. Respondent veteres eo fieri, quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest. *d. L. fructus. sol. matr. d. L. si a domino, de hered. pet.* ut plane consequens sit, non prius hic fructum esse, quem restitui oporteat, quam impensa deducta fuerit. At hoc etiam dubitationem habere potest, quod dicitur fructus intelligi, qui deducta impensa supersunt. Cur enim id dicamus de fructibus potius, quam de re petita, quæ semper manere & superesse intelligitur, quanvis non deductis sumptibus in eam factis, ut postea constabit? Id efficit fructuum ratio; quorum natura hæc est, ut nihil aliud intelligantur esse, quam lucrum, quod ex re percipitur. Sic autem rursum lucri definitio est, ut id demum lucrum habeatur, quod deducto omni damno superest. *L. Mucius, D. pro soc.* Proinde & fructuum lucrum id, quod superest deducto damno impensarum.

VII. Cæterarum rerum impensæ superiorem distinctionem per omnia retinent. Omnino enim ita harum conditio est, ut in hac deductione distet multum, utrum impensæ sint necessariæ, an utiles, an voluptuariæ. Necessarias deducunt possessores [3] omnes, & sine exceptione. Bonæ fidei quidem possessores citra controversiam. *L. plane, D. de hered. petit.* argum. *in L. domum, C. de rei vindic.* Deductionis æquitas manifesta est. Aperte enim ex his impensis lucrum facit, qui propter eas rem suam salvam habet, quæ alioqui aut peritura fuerat, aut deterior futura. Natura autem hoc æquum est, neminem cum alterius incommodo fieri locupletiorem; neminem cum alterius iactura lucrum facere. *L. nam hoc natura, D. de condict. indeb. d. L. plane, de hered. petit.* Si contra facit petitor, quod fit, dum postulat rem suam recipere non redditis superioribus impensis, dolo facit, quia facit contra æquitatem naturalem: atque hinc etiam doli exceptio possessori. *L. 1. D. de dol. mal. & met. except.* Et hac exceptione tutus possessor has impensas deducit; eaque est & exceptio huius deductionis caussa comparata, & exceptionis ratio, quæ traditur in *d. L. plane.* Nihil hic referre putabimus, utrum easdem impensas facturus esset petitor, an pro incuria & socordia sua omissurus. Si facturus fuit, tanto magis agnoscet. Nam isto modo agnosceret & utiles tantum impensas. *L. in fundo; D. de rei vindicat.* Si facturus non fuit, tamen re recepta, quam salvam habet, idem lucrum facit. Pro-

2) Et generaliter lex vel statutum loquens de fructibus intelligitur, deductis impensis, etsi agatur contra prædonem, Tiraq *de Retr. lig. §. 1. Gl. 1.* Leonin 4. *Emend.* 1. n. 10. Atque has non restituit possessori petitor, sed tanto minus fructuum nomine præstat, Leonin *d. n.* 10. & n. 21. Et æstimatur quoque labor personæ, si rusticus cum sua familia nulla expensa pecunia laboravit, nempe pretium operarum iuxta quantitatem, quæ aliis pro iisdem operis danda, Hartm. Hartm. *Titul.* 23. *Obs.* 1. n. 3. post alios Pinel. *in L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 2. *Cap.* 3. n. 4.

3) Exceptio tamen videtur in fure, qui nec expensas in alimenta infantis deducit *L.* 13. *D. de cond. furt. L.* 1. *Cod. de infant. expos.* ubi *Gl.* duriorem esse conditionem furis, quam alterius malæ fidei possessoris: vid. Fach. 1. *Contr.* 54.

Proinde in eadem æquitate eadem impensarum deductio est. Quid, si malæ fidei possessor fuit qui fecit impensas necessarias? Etiam malæ fidei possessor huius generis impensas deducit; diserte traditum in *L. domum, C. de rei vindicat.* Sed an non iniquum videtur hanc deductionem tribuere prædoni, qui sciens prudens in rem alienam sumptus fecit? Esset iniquum, si hæc deductio personæ possessoris tribueretur, non caussæ. Nunc autem caussæ tribuitur, non personæ. Nam, ut iam diximus, deducendi has impensas hæc ratio est, quod petitor in re petita cum iactura possessoris lucrum facere non debet. Hanc æquitatem mala fides possessoris non mutat. Quisquis enim impensam necessariam ad rem conservandam fecit, semper verum est petitori rem salvam esse, & hoc lucrum eum facere ex impensis alienis. Sit igitur in eadem causa & æquitate ius idem etiam malæ fidei possessori. *L. illud, D. ad legem Aquil.*

VIII. Hic tamen malæ fidei possessori, quominus has ipsas impensas deducere ei liceat, videntur duo obiici posse; culpa eius, & donandi voluntas. Culpa, quod cum sciret rem alienam esse, in eam sumptum fecit, cum potius deberet rem restituere. Donandi voluntas, quod qui in rem alienam sciens contulit, quod sciret per accessionem statim domino quæsitum iri, donare voluit. Utrumque certe obiicitur ei, qui in area aliena ædificavit eo tempore, quo sciebat esse alienam, placetque utrumque obstare ei, quominus ei prosit exceptio ad impensas deducendas. *L. Iulianus, 37. D. de rei vindic. §. ex diverso, Inst. de rer. divis.* Sed recte utrumque dicitur de eo, qui ædificium ponit in aliena area, id est qui quid in re petita nunc primum instituit, utiliter quidem, at non necessario, cum res petita eo carere potuerit, ut integra maneret nihilominus. Sane enim culpa est instituere aliquid in re aliena scientem, quod nescias domino probari: quid enim si dominus id prius non habuit, quia noluit habere? quid si eo sumptu carere voluit? Sed & in hunc vere cadit donandi voluntas, qui nulla necessitate coactus quid de suo in alium contulit: cum dicamus donari videri, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, D. de don.* Nihil horum ad eum pertinet, qui ad rem petitam conservandam accedens impensas fecit ad eam tuitionem necessarias. Primum nulla culpa est in eo, qui necessitate rei petitæ coactus de ea quid utiliter statuit. *L. item si 15. §. 1. D. de rei vindic.* Multo minus culpa est, rem alioqui perituram aut deteriorem futuram servasse, ubi potius culpa futura fuerit, eam curam omisisse. *L. qui petitorio, §. 1. D. eod.* Quod autem ad donandi voluntatem attinet, si recte definimus, donari videri, quod nullo iure cogente conceditur; perspicuum est, hanc voluntatem in necessariis impensis possessori obiici non posse, quas ille necessitate rei tuendæ coactus fecerit. Quo pertinet & illud Modestini, neminem in necessitatibus liberalem exsistere. *L. rem legatam, D. de adim. leg.*

IX. Vere igitur definivimus, necessariarum impensarum deductionem esse, eamque iure tributam omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident. Et hoc ita esse iam non dubitabitur, si res exstet, in quam sumptus necessarii facti sunt. Sic enim evenit, ut petitor re recepta lucrum sentiat impensarum: quod lucrum huic deductioni locum facit. At quid si res perierit, in quam sumptus facti erant: ut iam dici non possit petitor rem meliorem aut salvam habere propter impensas, qui omnino eam rem non habet? Dicemus, si re perempta tenetur adhuc possessor, ut fit, cum res post moram eius, aut dolo culpave eius periit, si tum petitor petit litis æstimationem, etiam possessorem superiores impensas deducturum, id est his deductis quod superfluum est æstimationis, restituturum. Nihil enim interest, actor rem integram habeat, an rei integræ æstimationem: omninoque qui pretium habet, rem habere videtur. *L. quia, D. de usufr.* Quod si possessor eo casu liberatus est, quod accidit, cum res sine mora & culpa eius periit: eodem tempore evenit, ut quemadmodum rem suam amittit actor, ita & possessor simul amittat impensas a se quanvis necessario in eam rem factas. Quominus eas hoc casu consequi possit, duo prohibent. Primum quod deductionis huius nulla alia caussa est, quam quod dicatur petitor lucrum facere cum iactura possessoris. *d. L. plane, D. de her. pet.* At petitor nullum hic lucrum facit, qui neque rem habet, quæ illi periit, neque habet rei æstimationem. Deinde quod una omnes impensas consequendi via est, non actio, sed exceptio per rei petitæ retentionem, de quo postea dicetur suo ordine. *L. sumptus, D. de rei vind.* Nulla autem est exceptio adversus eum qui nihil petit; cum exceptio nihil sit, nisi actionis exclusio. *L. 2. D. de excep.*

X.

X. Videamus tamen, ne hæc sententia falsa sit. Certe de bonæ fidei possessore, in petitione hereditatis contrarium legimus in *L. plane*, in fin. *de her. pet.* Ubi ita scriptum est, bonæ fidei quidem possessorem omnimodo impensas non tantum necessarias, sed etiam utiles deducere, licet res non exstet, in quam fecit: prædonem autem non aliter, quam si res melior sit. Sed hoc in petitione hereditatis recte dicitur: ad petitionem rerum singularum, de qua loquimur, non pertinet. Id ex eo accidit potissimum, quod istam deductionem etiam post rem amissam patitur natura petitionis hereditatis; eamdem petitio rerum singularum re petita amissa non admittit. Nam in hereditate quæ petitur, multæ & variæ res sunt hereditariæ. Quo fit, ut quanvis ea res, in quam sumptus facti erant, perierit, supersint tamen aliæ, per quarum retentionem impensæ servari possunt. Nam & quæ supersunt, & ea quæ periit, etsi inter se diversæ, omnes tamen fuerunt unius & eiusdem hereditatis, eius nimirum, quæ aliquando per impensas superiores melior facta est. Ideo æquum est, quod lucrum hereditati in una re aliquando accesserit, id ab eadem hereditate per aliarum rerum hereditariarum retentionem præstari. At in petitione rerum singularum una tantum res est, quæ petitur: & quanvis eodem iudicio petantur plures, singulæ tamen res suas proprias & separatas vindicationes habent. Unde rursum evenire necesse est, ut re petita perempta, in quam necessarii sumptus facti erant, non supersit alia, per cuius retentionem in rei petitæ iudicio sumptus serventur. Neque vero aliter, quam per exceptionem & retentionem rei petitæ sumptus servari possunt. *d. L. sumptus de rei vindic.* Adde ad rerum utroque iudicio petitarum naturam & hanc æquitatem. Possessor hereditatis si qua in re ex hereditate locupletior factus est, id omne præstat petitori; usque adeo, ut fructus quoque quanvis bona fide perceptos restituat. *L. item veniunt*, §. *item non solum*, *L. post senatusconsultum*, *D. de hered. pet.* Æquum est igitur, ut si qua in re possessor quandoque petitorem locupletiorem fecerit, hoc item illi vice mutua a petitore sarciatur: certe æquum, ut qui plus præstat, huic item contra plus præstetur. In petitione rerum singularum hoc contra accidit, ut minus præstet bonæ fidei possessor. Qui enim fructus hominum opera proveniunt, perceptione: reliqui, consumptione eius fiunt; ut quanvis his fructibus locupletior factus sit ex re petita, nihil hinc tamen restituere debeat. Quare & hic valde consentaneum est, planeque ex eadem æquitatis regula, ut qui ex re petita locupletior factus nihil præstat, nec eius nomine, quo pauperior in ea re factus est, quidquam ei præstetur, ubi eo sumptu nihil lucri petitori accesserit.

XI. Utilium impensarum longe dissimilis caussa est cum in malæ fidei, tum in bonæ fidei quoque possessoribus. Utiles impensas ne bonæ fidei quidem possessori deducere usquequaque concessum est; sed de eo, inquit Celsus, *varie bonus iudex ex personis caussisque constituet*. L. in fundo, 38. *D. de rei vind.* Quam ergo in hac varietate certitudinis regulam sequimur, aut quomodo hanc varietatem explicamus? Si summam quærimus, non alia hic regula est, ad quam omnem hanc quæstionem expendere oporteat, quam illa ipsa æquitatis regula, quam supra huic deductioni posuimus, ut si petitor his impensis locupletior fiat, liceat possessori posita doli mali exceptione eas servare: sin minus, non liceat. *d. L. plane, de her. pet.* Quid ergo, dicet aliquis, an dubitamus impensis utilibus in rem factis petitorem semper locupletiorem fieri? Quod si fit semper locupletior, quid relinquitur, nisi ut secundum suprascriptam regulam repudiata ista omni varietate, utiles impensas itidem ut necessarias semper deduci posse in universum statuamus? Sane vero in utilibus impensis non uno modo accidit, ut ne petitor his fiat locupletior. Ex quo est videlicet variæ istius deductionis ratio a veteribus hic observatæ, & cuius Celsus meminit. Et quoniam interdum persona ipsa petitoris facit, ut impensa in rem eius facta illi lucrum adferat, aut non adferat; interdum caussa aliqua extra conditionem personæ: hinc etiam nobis istius deductionis distinctio ducatur, deque ea ita statuamus, omnem utilium impensarum deductionem bonæ fidei possessori aut ex persona certa petitoris tribui, aut ex caussa, eandemque his cessantibus denegari.

XII. Et ante omnia in hac omni quæstione persona petitoris spectanda est, videndumque id quod ad rem pertinet, utrum is dives sit, par ferendis sumptibus sine rei suæ alienatione, an pauper, qui si impensas præstare cogatur, idem cogatur rem ipsam vendere.

XIII. Si dives, qualem diximus, deducet impensas possessor. *d. L. in fundo, de rei vindic.* Nempe ideo, quod cum

ut

ut impensas praestet, non cogatur rem suam distrahere, futurum sit, ut quanvis praestitis impensis rem suam receptam nihilominus habeat, & propter impensas habeat meliorem, atque hactenus fiat locupletior. Qua de caussa incipit res ad superiorem aequitatem pertinere, ut quia cum iactura possessoris lucrum facere non debet, ideo etiam exceptione doli removeatur, si perseveret petere rem suam non deductis sumptibus. *L. sin autem, §. ult. D. eod. d. L. plane, D. de heredit. petit.*

XIV. Et tamen rursum hoc ita est, nisi hic ipse actor paratus sit pati possessorem tollere aedificium, quod posuit, aut aliam impensam, quam fecit. Quod diserte scriptum est in *d. L. sin autem, §. ultim. D. de rei vind.* sed ita, ut consequens sit eidem isti regulae aequitatis, quam in hac omni deductione nobis propositam esse debere diximus. Sic enim impensarum deductio est, si petitor postulet lucrum facere, & quidem cum iactura possessoris. Proinde is hac deductione non tenetur, qui lucrum non facit. Non facit autem lucrum, qui impensis utilibus ultro paratus est possessori cedere. Quamquam hoc idem alia ratione non paulo certiore defenditur. Nam si possessor quanvis dives cogitur aedificium ab alio in area sua positum retinere, & pro eo impensam possessori praestare, aperte cogitur id aedificium emere. Toties enim emptio est, quoties pro re pecunia praestatur. *L. naturalis, 1. resp. D. de praes. verb.* Atqui certi iuris est, neminem cogi emere, quod nolit. *L. nec emere, C. de iur. delib.* & generaliter neminem cogi cum alio contrahere. *L. sicut, C. de oblig. & act.* Quare ne superius quidem petitor facere cogitur, eoque & ei liberum esse debet, ut impensae praestationem evitet, aedificii in suo positi, aut alterius impensa tollendae potestatem possessori facere. Neque hic quisquam dicat, nullam fieri iniuriam petitori, si aedificium retineat, & pro aedificio det pecuniam, utpote pro pecunia tantumdem habiturus. Quod ei non noceat, alteri prosit, id aequum esse eum non recusare. *d. L. in fundo, de rei vindic.* Non enim parva iniuria est, si petitor in hanc rem collocare pecuniam suam cogatur. Multae enim caussae esse possunt, cur non expediat: multae, cur non putet sibi expedire. Neque porro cuiquam in re sua praescribi debet, quomodo iure suo utatur. *L. 4 D. ad Treb.* Et tamen non caret res dubitatione.

XV. Repugnare videtur non uno modo *L. Iulianus, 37. de rei vind.* Primum illic scriptum est, possessori, qui in aliena area aedificavit, exceptionem ad deducendas impensas non prodesse, si eo tempore aedificavit, quo iam sciebat alienam. Quo aperte significatur, si aedificavit cum ignoraret alienam aream esse, id est cum adhuc bona fide possideret, exceptionem illi profuturam, omninoque eum impensas deducturum. Equidem & hoc significari, nec minus verum esse agnosco. Sed observandum est nihil hic dici de bonae fidei possessore, quod non de eo, & quidem diserte expressum sit in *L. sin autem, §. ultim. D. eod.* Et tamen ibidem paulo post adiicitur haec exceptio, nisi petitor paratus sit pati possessorem tollere aedificium. Ex quo intelligitur, quod dicitur bonae fidei possessorem deducere posse impensas utiles, regulam esse, quae interdum nuda tradatur, interdum cum sua exceptione; sic tamen, ut quanvis uspiam nuda posita fuerit, intelligi tamen debeat ex aliis locis eam habere illam exceptionem, quam dixi. Adde, quod in *d. L. Iulianus*, agitur de eo petitore, qui cum area petita habere volebat etiam aedificium in ea a possessore positum: ut appatet ex extremo responsi, ubi possessori conceditur saltem tollere aedificium sine dispendio domini areae: quod non dicitur concedi iure, nisi adversus eum petitorem, qui id non permittebat. Adversus hunc vero petitorem recte simpliciter & sine exceptione dicitur, esse adversus eum possessori bonae fidei impensarum utilium deductionem. Nos de eo petitore loquimur, qui rem suam tantum, quae initio fuerat, recipere volens, paratus est aedificio, quod accessit, cedere. Dicitur praeterea in *d. L. Iulianus*. id quod res ipsa satis ostendit, possessorem malae fidei desiderantem per exceptionem impensas servare, esse sollicitum de damno. Atqui petitor has impensas ferre nolens, & ipse de damno est sollicitus, ut iam videatur in ea damni ab utroque depulsione par esse utriusque caussa & petitoris & possessoris. Quod si admittimus, consequens est regulae iuris, in hac caussa plus tribuendum esse possessori, ut hinc potius damnum amoveatur: sic enim est regula iuris, in pari caussa potiorem esse debere possessorem. *L. in pari, D. de reg. iur.* Nos vero negabimus, in hac damni depulsione parem esse caussam petitoris & possessoris. Sane enim ambo de damno a se depellendo solliciti sunt: sed longe

de

de dissimili damno, & cuius pariter rationem haberi non oportet. Laborat petitor de damno præstandarum impensarum; sed cui damno ipse caussam non præbuit. Laborat possessor & ipse de damno, ne eas amittat; sed damno eiusmodi, cuius causa ab illo nata est, cum ipse eas impensas fecerit. Facile est hic videre, utri in hoc damno amoliendo factum nocere debeat, ipsine, an petitori. Alii certe nocere non debet. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Unde fit, ut si cui debet nocere, ipsi auctori nocere debeat. Et vero id ita regula iuris definitum est his verbis: *factum cuique suum non adversario nocere debet*. L. factum cuique, *D. de reg. iur.* Postremo in *ead. L. Iulianus*. sic distinguitur bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore in hac impensarum deductione, ut bonæ fidei possessori concedatur deducere impensam: malæ fidei possessori solum ædificium, quod posuit, tollere sine dispendio domini areæ. Atqui si statuimus petitorem audiendum esse, atque hoc modo præstatione impensarum defungi, postulantem, ut possessor tollat ædificium, si velit, consequens erit nihil interesse inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem. Quod consequens cum falsum esse declaretur in *d. L. Iulianus*. necesse est & falsam esse superiorem sententiam, a qua id sequebatur. Dicendum est recte hoc colligi, siquidem ei sententiæ consequens esset id, quod consequens esse modo diximus. At hoc non ita est. Etiam superiore sententia posita, nihilominus in hac ipsa deductione distabit bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore. Nam malæ fidei possessori ædificium tollere permittitur: sed sub conditione, si id faciat sine dispendio domini areæ. *d. L. Iulianus*, 37. in fin. *de rei vind. L. domum*, in fin. *C. eod.* Bonæ fidei autem possessor aut impensam utilem consequitur, aut licere ei debet quovis modo ædificium tollere, quanvis sine incommodo prioris status id facere non possit: quia ut illi tollere liceat, simpliciter ei a petitore defertur. Sit igitur hoc constitutum in impensis utilibus, nullam esse exceptionem possessori etiam bonæ fidei ad eas impensas servandas, ne adversus petitorem quidem divitem, si petitor paratus sit pati possessorem id, in quo sumptum fecit, tollere. Tunc illi deductioni adversus petitorem divitem locum esse, cum petitor dives pergit rem totam petere non deductis sumptibus

XVI. Qua distinctione in necessariis impensis ideo uti non sumus, quia in eas non cadit. Licet enim rem suam totam petere & consequi; quanvis ædificium, quod accesserat, tollatur. At necessariis impensis in rem factis non potest actor petere rem suam integram, & simul necessariarum impensarum tollendarum potestatem facere: cum necessariis impensis detractis res peritura sit, ut ante, aut deterior futura, ut est earum impensarum definitio. *L. impensæ*, *D. de verb. significat.*

XVII. Atque hæc de petitore divite dicta sunt. Quod si petitor pauper erit, qui non possit ferre istas impensas utiles, & si cogitur præstare, necesse habeat rem vendere; placet eum præstare non cogendum, eoque nec proficere exceptionem possessori ad eas adversus talem petitorem servandas. *d. L. in fundo*. illic *finge pauperem*. de rei vind. *L. si servus*, *D. de pignor. act.* Merito. Est enim consentaneum illi æquitati, quam superiori deductioni impensarum locum facere dicimus: cum ita statuamus unam esse rationem illas obtinendi, si dicatur petitor ex his impensis lucrum facere seu locupletior cum iactura possessoris. *d. L. plane*, *D. de her. pet.* Quod quidem in proposito adversus eum petitorem dici non potest, qui propter impensas non modo non habet rem meliorem aut locupletiorem, sed ne habet quidem rem ipsam; utpote qua carere cogatur, si cogatur istas impensas reddere. Hoc idem & finis huius iudicii exigit. Agitur enim hoc iudicio, ut actor rem suam recipiat: omninoque hoc ei præstandum est. *L. officium D. de rei vind.* At hoc minime consequitur, si ut impensas reddat, cogitur rem aut alii distrahere, aut apud petitorem relinquere.

XVIII. Et hactenus ad istum modum deductionem impensarum utilium aut concedit aut denegat persona petitoris. Quod si in huius persona nihil erit adiumenti ad deductionem, transeundum erit ad caussam huius deductionis, & videndum, num quæ sint caussæ, quæ nulla habita petitoris ratione hanc deductionem possessori tribuant. Et sunt aliquæ omninoque huius generis caussæ tres, quæ adversus omnem petitorem utilium impensarum deductionem inducunt. Prima est, si petitor easdem facturus fuerit, aut voluntate eius factæ sunt. *d. L. in fundo*, in pr. *de rei vind. d. L. si servos*, *de pig. act.* Merito huic recusanti sua voluntas obstabit; cum nulli liceat, quod semel probavit, improbare in alterius iniuriam, cum res integra esse desierit. *L. Pom-*

Pomponius, 9. *D. de neg. gest.* Sic autem de voluntate petitoris constare poterit, si proponas eum iam ante in area petita ædificium instituisse: mox eo peregre profecto fundum a non domino venditum bona fide ementi: emptorem inchoatum ædificium perfecisse. Finge etiam petitorem testatum ultro esse sibi ædificium, quod a possessore instituitur, probare. Secunda caussa est, si petitor quanvis pauper rem venalem habuit. *d. L. in fundo. L. nisi*, 29. *de rei vind.* Quæ caussa habet hanc rationem, quod cum petitor rem meliorem factam vendit, non solum dici potest eum ex impensis a possessore factis lucrum facere, utpote propter quas rem pluris vendit: sed etiam eo præciditur illi omnis defensio, quod caussari non potest se ut impensas redderet, vendere coactum, qui etiam sine illis impensis erat venditurus. Tertia caussa est, quæ subobscure indicatur in *L. ant si*, 30. *D. de rei vindic.* Est autem huiusmodi, si possessor cum adhuc non certo cognosceret rem alienam esse, ante quam ædificaret, denuntiaverit ei qui se dominum dicebat, & qui postea egit in rem, denuntiaverit, inquam, se ædificare velle pro rei commodo, ut ille impensam solveret. Actor autem dissimulavit, silenter ostendens se non curare. Sententia eius loci est, in hac denuntiatione possessoris & petitoris dissimulatione recte poni, id est, opponi doli exceptionem petitori a possessore ad eas impensas consequendas. Hoc ideo, quod qui in re sua monitus ita tacuit, consensisse intelligitur, exemplo eius qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur: de quo traditum est, eum qui id patitur, ipsum mandasse intelligi. *L. qui patitur*, 18. *D. mand.* Nam quod traditur regula iuris, eum qui tacet, non utique fateri. *L. qui tacet*, *D. de reg. iur.* non hoc significat, eum qui tacet, nunquam fateri aut consentire; sed non utique, id est non omnimodo, non per omnia, non semper pro tali haberi, quod non negamus. Sed habetur tamen interdum pro consentiente qui tacet, quod superioribus verbis non negatur. Tunc autem silentium & dissimulationem cuiusque pro consensu eius haberi generaliter non male definiemus, cum dominus monitus patitur aliquid ab aliquo in re sua fieri: pro qua sententia recte usurpabimus superius exemplum. *d. L. qui patitur*, *D. mand.* Detrahe has caussas in petitore paupere. Manebit quod diximus exceptioni doli locum non esse possessori ad utiles impensas servandas.

XIX. Quid ergo, peribit hoc casu impensa bonæ fidei possessori, & petitor impune eius laboribus & impensis fruetur? Sane prope est, ut impensa possessori pereat. Relinquitur enim illi perexiguum, & id, quod interdum nihil est, interdum ad minimam summam redigitur. Et hoc est: permittitur ei tollere quod posuit. *d. L. in fundo.* vers. *finge pauperem*, *de rei vind.* In quo sane semper hoc erit incommodum possessoris, quod quantumcunque sit, quod tollet, semper amittet operas fabrorum. Materiam autem haud unquam fere talem recipiet, qualem posuit. Non est satis. Permittitur hoc ipsum tollere certis conditionibus, quibus fit sæpe, ut possessor nihil possit auferre: aut quod tollit, sit minimum. Conditiones hæ tres sunt, comprehensæ in *d. L. in fundo*, *de rei vind.* Si sine detrimento prioris status possit possessor positum tollere, id est ita, ut ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum: Si ablato ædificio aliquid consecuturus sit: Si petitor non offerat æstimationem eius, quod re ablata possessor esset consecuturus. Proinde si sine læsione prioris status possessor ædificium tollere non potest, aut non detrahet, aut damnum sarciet. Sed etsi quod possessor ablaturus est, nihil illi emolumenti adferat, nihil auferet: puta si nihil laturus sit, nisi aut calcem corruptam, aut lapides confractos, aut inutilia rudera. Quinetiam etsi paratus sit dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor rebus ablatis, æque hic prohibebitur possessor quidquam tollere. Horum posteriorum utrumque eleganti ratione, quæ a Celso redditur; *neque* enim, inquit, *malitiis indulgendum est:* significans malitiose peti a possessore id, quod eo solum spectet, non ut illi prosit, sed ut noceat adversario. Hoc autem nulli concedendum. Idem & ipse in alia re confirmat in *L. si cui*, *D. de serv.*

XX. Atque hæc hactenus utilium impensarum deductio est, quæ bonæ fidei possessori tribuitur. Non eadem in hac ipsa specie malæ fidei possessoris conditio est. Placet huic, si quas huiusmodi impensas fecit in rem, quam sciebat alienam esse, nullam omnino exceptionem esse ad eas deducendas: sive is ab initio mala fide possedit, de quo in *L. domum*, *C. de rei vind.* sive ab initio bona fide sed tum ædificavit, cum cognovisset aream esse alienam: de quo in *L. Iulianus*, 37. *D. de rei vindic.* Eiusque rei ratio hæc redditur in *L. adeo*, §. *ex diverso*, *D. de* *acq.*

acq. rer. dom. item in §. *ex diverso, Inst. de rer. divis.* quod ei qui sciens in alieno ædificavit, potest obiici culpa, quod temere ædificarit in eo solo, quod intelligeret alienum.

XXI. Cui tamen sententiæ duo vehementer obstant: deductionis æquitas, de qua iam sæpe diximus, & petitionis hereditatis exemplum. Æquitas illa est, ut non debeat unquam petitor cum iactura & damno possessoris lucrum facere, ac quoties id accidit, ut facere instituat, toties sit deductioni impensarum locus. *d. L. plane, de her. pet.* Neque hic malæ fidei possessorem a bonæ fidei possessore distinguimus. Nam cum tribuitur deductio huius caussæ, non personæ: necesse est ex hac caussa etiam deductionem tribui malæ fidei possessoribus: quoniam mala fides possessoris hanc æquitatem non mutat: eiusque rei certissimum argumentum est, quod placet malæ fidei possessorem ob hanc ipsam caussam deducere posse impensas necessarias. *d. L. plane. L. domum, C. de rei vind.* Ac de conditione petitionis hereditatis contraria dicam postea suo ordine. Prius de hac æquitate respondebo. Nego igitur hanc æquitatem in impensis utilibus ad malæ fidei possessorem pertinere: non sane quod petitor, dum ædificium in suo fundo positum, aut alias impensas utiles a possessore factas retinet, non faciat lucrum ex alienis impensis: sed quod dici non possit id lucrum facere cum damno & iactura malæ fidei possessoris; quod amplius superior æquitatis regula exigit. Qui ergo non cum damno possessoris, cum is impensas amittat? quia qui in alieno ædificat sciens solum alienum esse, etsi forte re ipsa damnum facit, tamen iure sentire non videtur. Primum quia si quod hic damnum est, culpa eius accidit, qui non debuit in re aliena, certus alienam esse, ædificium ponere. *L. Iulianus, 37. de rei vind. d. §. ex diverso, Inst. de rei vind.* Certi autem iuris regula est, quod quis ex sua culpa damnum sentit, sentire non videri. *L. quod quis ex culpa sua, D. de reg. iur.* Deinde quod quis sciens ita ædificavit in alieno negotium domini non gerens, videtur donasse. Certe enim nullo iure cogente concessit id ædificium domino soli, cum ædificium solo cedat: donari autem intelligitur, quid nullo iure cogente conceditur, ut & ante attigimus. *L. donari, D. de don.* Non solum donati nulla repetitio est, ut est lex communis omnium donationum: *L. cum ancillam. L. si repetendi, C. de cond. ob cau.* sed etiam, quod præcipue ad rem pertinet, non dicitur pati damnum, qui sciens volens aliquid de suo in alium contulit. Vera est enim & hic alia regula iuris, non fraudari eos, qui sciunt, & consentiunt. *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* ubi *fraudari*, valet; non tantum decipi, sed etiam damno affici. Nam fraus veteribus inter cætera damnum significat: ut cum dicimus aliquid nobis fraudi esse non debere: & quod sine fraude mea, populique Romani fiat, apud Livium. Nihil horum adversus malæ fidei possessorem dici potest in necessariis impensis, ut *supra* in eo genere impensarum ostendimus. Negavimus enim culpam esse in eo, qui rem alioqui perituram aut deteriorem futuram necessaria impensa servarit. Negavimus eum qui necessitate cogente quid fecerit, donare voluisse, quia nemo in necessitatibus liberalis existat, ut est in *L. rem legatam, D. de adim. leg.* Ideo merito necessariarum impensarum deductionem etiam malæ fidei possessori tribuimus, utilium non item.

XXII. Sed utcunque ratio æquitatis superior nobis explicatur in malæ fidei possessore; tamen restat petitionis hereditatis exemplum, in quo plane superiori sententiæ contrarium receptum videtur. Certe in ea petitione placuit etiam malæ fidei possessorem deducere posse impensas, quibus res hereditaria melior facta sit: traditum his verbis in *d. L. plane*, in fin. *de her. pet.* Quod quidem nihil aliud est, quam malæ fidei possessorem deducere posse impensas etiam tantum utiles. Sunt enim utiles, quibus res fit melior. Sed hoc 4 diversum ius est in petitione hereditatis, non contrarium. Sic enim id observatur in hereditatis petitione, ut non minus recte diversum statuatur in petitione rerum singularum: tantumque hic alia observanda sit differentia inter has actiones circa impensas utiles. Differentiæ ratio est in iure petitoris. Nam in rei vindicatione actor recte dicturus est malæ fidei possessori, impensas sibi præstari desideranti: non iure de impensis quæstionem moves: donare voluisti domino fundi, & quia domino, voluisti donare mihi, qui sum dominus. In petitione hereditatis petitor hac replicatione adversus exceptionem doli a possessore obiectam uti non potest. Priore enim illa dicere potest possessor: tu in area hereditaria ædifi-

4) Diss. Cuiac. 10. *Obs.* 1. A. Fab. 2. *Coniect.* 1. err. Qua de controversia alibi.

dificando, quam sciebas alienam esse, donare voluisti, & voluisti donare domino. Sed non potest dicere hoc posterius; ergo voluisti donare mihi. Non enim si petitor heres est, continuo est dominus rei hereditariæ: cum fieri possit, ut defunctus non fuerit dominus: neque vero quisquam plus iuris alii relinquere aut tradere potest, quam ipse habuit: *L. nemo plus*, *D. de regul. iur.* nec successor alio iure uti, quam eius in cuius locum successit. *L. qui in ius*, *D. eod.* Stet igitur hæc sententia malæ fidei possessorem, cum quo speciali in rem actione agitur, eius quod in rem petitam utiliter tantum, non necessario impendit, nullam habere repetitionem, aut deductionem.

XXIII. Sed cui hæc deductio denegata est, hoc ei saltem relinqui placuit, ut quod posuit in alieno, liceat ei sine dispendio domini areæ, vel, ut alibi dicitur, sine læsione prioris status, tollere: hoc in *d. L. Iulianus*, 37. in fin. *de rei vind. d. L. domum*, in fin. *C. eod.* Quod ne putemus tribui tantum ei, qui ab initio bona fide rem possidere cœperat, post ædificavit eo tempore, quo iam sciebat esse alienam, de quo est in *d. L. Iulianus*. observetur in *d. L. domum*, nominatim idem tribui ei, qui ab initio alienam rem iniuria occupans cœperat malæ fidei possessor esse. Et vero cur istos possessores in hac tollendi potestate distinguamus: cum etsi priori tantum permissam esse usquam legeremus, tamen intelligeremus ad utrosque pertinere? parvi enim refert, inquit Ulpianus, ab initio quis dolose in re aliqua versetur, an postea hoc facere cœperit. *L. sed etsi*, *§. de eo autem*, *D. de hered. petit.* Hic ergo non temere videatur adversari *§. ex diverso*, *Inst. de rer. divis.* & quod idem est, *L. adeo*, *§. ex diverso*, *D. de acquir. rer. domin.* in quo scriptum est, eum qui mala fide possidens ædificavit in alieno, & materiæ proprietatem amisisse, quasi sua voluntate alienarit, & nec materiæ pretium, aut mercedes fabrorum a domino consequi posse. Qui sua voluntate non coactus alienavit, donavit, ut ante dixi. *L. donari*, *D. de don.* Neque porro donati ulla esse potest repetitio aut in totum, aut ex parte. *d. L. cum ancillam*, *L. si repetendi*, *C. de cond. ob cau. dat.* Quare si superius illud de materia a malæ fidei possessore alienata in universum dictum est, aperte & tollendi ædificii potestas tollitur: quam tamen ei possessori damus. Sed observandum est in *d. §. ex diverso*, non simpliciter dici, eum qui in alieno solo ex sua materia sciens ædificavit, materiam & quidquid in ædificium contulit, alienasse atque hoc modo donasse videri: sed hactenus videri eum id fecisse, ut nec sublato ædificio materiam possit vindicare quasi eius dominus, nec materiæ pretium & mercedes fabrorum petere. Quæ & nos concedimus. Sed progredimur longius, & quærimus tertium, an illi rem petitam adhuc possidenti saltem exceptio danda sit, qua ei liceat tollere ædificium, quod sine detrimento rei petitæ faciat. De quo cum nihil specialiter comprehensum sit in *d. §. ex diverso*, quod de eo aperte aliis locis traditum est, id sequi debemus, & in eo usurpare sententiam, quæ exstat in *L. præcipimus*, in fin. *C. de appel.* quidquid eo §. specialiter non est expressum, id aliarum legum, constitutionumque regulis relictum intelligi debere. Porro cum hic tollendi eius, quod positum est, hactenus malæ fidei possessori detur, si id sine dispendio domini areæ facere liceat: multo magis illa adiicere debemus, ut liceat ei tollere, si etiam sublato ædificio aliquid consecuturus sit, neque ei præstetur a petitore. Quod si possessor sublato eo quod posuit, aut nihil lucri laturus sit, aut quantum id futurum esset, tantum ei petitor offerat: redibimus ad sententiam Celsi, malitiis non esse indulgendum, ut concedatur possessori facere, quod factum illi nihil prosit, noceat adversario. *d. L. in fundo*, *D. de rei vind*

XXIV. Voluptariarum impensarum, quatenus voluptariæ tantum sunt nulla deductio est ne bonæ fidei quidem possessoribus Nam cum omnis hæc deductio impensarum nascatur ex hac caussa, si petitor ex his lucrum faciat, idque teneat cum iactura possessoris: *d. L. plane*, *de hered. pet.* perspicuum est, ex quibus impensis nullum lucrum est petitori, earum nullam esse posse deductionem: cum in omnibus caussis id observetur, ut quidquid ex caussa tribuitur, caussa cessante & ipsum deficiat. *L. quod dictum*, *D. de pact. L. de eo. L. quid enim*, *D. de iud. L. in omnibus caussis id*, *D. de regul. iur.* At tales sunt impensæ voluptariæ: cum eas definiamus voluptarias, quæ speciem ornant sine ullo fructu. Hic obiicitur *L. utiles*, *D. de heredit. petitio.* ubi scriptum est, ad picturarum quoque & marmorum & cæterarum voluptariarum rerum impensas æque proficere nobis doli exceptionem, si modo bonæ fidei possessores simus. Ego autem puto, etsi hoc de

de petitione hereditatis scriptum videtur, quia sub eo titulo relatum est: tamen ne in ea quidem actione exceptionem ullam possessori esse ad voluptarias impensas deducendas. Nam ea ipsa actio est, in qua nominatim hæc omnis deductio possessori tribuitur hac ipsa de caussa, quod non debeat petitor ex aliena iactura lucrum facere: quod traditur in *d. L. plane. de her. pet.* Nullum autem lucrum esse ex voluptariis impensis, ipsa definitio earum indicat. Nec sane hanc sententiam mutat, sed confirmat potius, quod dicitur in *d. L. utiles.* ad eas impensas deducendas proficere doli exceptionem. Nam vel hoc ipsum verbum exceptionis doli nos admonet, non esse huic exceptioni locum, nisi petitor dolo faciat nolens impensas reddere. Atqui nihil dolo facit, nihil iniuria, qui recusat, si nullum ei lucrum est ex impensis: neque est ex voluptariis impensis. Ita fit, ut his ipsis verbis denegetur possessori deductio harum impensarum, quatenus voluptariæ tantum sunt.

XXV. Quid sibi vult igitur, quod illic possessori bonæ fidei ad voluptarias quoque impensas deducendas tribuitur doli exceptio? Et sciendum est, quæ impensæ reipsa & natura sua sunt voluptariæ, interdum voluntate petitoris fieri utiles: quod cum eveniet, tum sane huic exceptioni locus esse potest ad eas impensas servandas; cum scilicet dicetur petitori, tu tua voluntate ex his lucrum facis: quod quia cum iactura mea facere postulas, dolo facis, ac tibi facere non licet. Id autem duobus modis contingit. Uno, si probetur dominus homo dives idem facturus fuisse. Altero, si rem, in quam impensæ voluptariæ factæ sunt, venalem habuit, & propter impensas plus consecuturus est. Si petitor easdem impensas facturus fuit, pecunia in rem eius versa intelligitur, ut Ulpianus ex sententia Labeonis respondit de eo, quod *servus emit domino volenti ad luxuriæ materiam: unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit. Neque enim*, inquit, *spectamus, an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini.* Hoc ille in *L. 3. §. necnon, D. de in rem verso.* Et certe quod alius sic impendit, ut nisi impensum esset, dominus fuisset impensurus, apparet id tale esse, propter quod dominus in suo non sit factus pauperior. Unusquisque autem hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est: habet enim in suo, quod alioqui non haberet. *L. in pupillo, 47. D. de sol.* Iam petitor, qui rem venalem habuit, si propter impensas voluptarias pluris rem vendidit, forte homini potenti, & earum rerum studioso; aperte ex his lucrum facit. Effectum est autem nunquam eum ex aliena iactura lucrum facere debere. Hinc ergo iusta doli exceptio bonæ fidei possessori in petitione hereditatis ad eas impensas utroque tempore servandas. *d. L. plane, de her. pet.* Eadem & in rei vindicatione ob eandem defensionis æquitatem, & doli exceptionem dicemus. Nec dubium est, quin Celsi disputatio in *L. in fundo, D. de rei vind.* ad voluptarias impensas deducendas, quas dominus facturus esset, pertineat, ut indicat *versiculus penultimus.* Pomponii autem ratio in *L. nisi 29. D. eod.* de eo qui rem venalem habuit, etiam has impensas complectitur. Sed ita, in quam, ut sit hæc exceptio ex supra scriptis caussis proposita bonæ fidei possessori. Nam prædoni, inquit Caius in *d. L. utiles.* probe dicetur non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere.

XXVI. Sunt autem voluptariæ impensæ supervacuæ re vera, si quod in re est spectamus. Quod si aliena voluntas aut æstimatio petitori utiles facit; tamen adversus malæ fidei possessorem veræ solum æstimationis, non alienæ computationis ratio iuste habebitur. Sed qui utiles impensas doli exceptione retinere non potest, huic potestas sit tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt, etiamsi sit malæ fidei possessor: quod adiicit Caius in *d L. utiles*, in fin. Nec quia hoc ille respondit in petitione hereditatis, ideo dubitemus in rei vindicatione locum habere. Nam & hic eadem æquitatis defensio est, ut dicat possessor: non debes, petitor, ex iactura mea lucrum facere, aut lucrum quod mihi ex illa iactura reliquum esse potest, prohibere. Tum autem sit hæc potestas tollendi malæ fidei possessori in utilibus impensis, quasi hactenus donatas noluerit. *L. domum, C. de rei vind. L. Iulianus, 37. D. eod.* Fiat igitur & in voluptariis impensis, quoniam non magis has donare possessor voluit.

XXVII. Illud in universa illa deductione impensarum, de qua diximus, tenendum est; ubicunque eam concedi placet, semper placere in eam [5] imputari, quid-

5) Ad hoc vide interim Nicol. Vall. *de Reb. dub. Tr.* 9. *n.* 18. Pinell. in *L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 62. *& seqq.* Leonin. 4. *Emend.* 1. *n.* 33. *& seqq.* Io. Garsia. *de Expens. Cap.* 23.

quidquid posseſsor fructuum unquam ante litem conteſtatam perceperit: ſcilicet ut rerum admiſsa compenſatione, aut ſuperfluum ſumptum petitor reſtituere cogatur, aut tanta ſumma de litis æſtimatione detracta poſſeſſor in reliquum condemnetur. *L. ſumptus*, 48. *L. emptor*, 65. *D. de rei vind.* Non temere hoc monemur. Eſt enim prima fronte a iure eorum fructuum alienum. Nam ante litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor fructus percipiendo ſuos facit, qui quidem opera & diligentia hominis pervenerunt; conſumptos etiam omnes. *L. bonæ*, *D. de acq. rer. dom. L.* 4. *§. poſt litem*, *D. fin. reg. §. ſi quis a non domino*, *Inſt. de rer. diviſ.* Quod ſi ſuos facit, proprios utique habere debuit, non alii reſtituere. Quomodo igitur cogatur eos compenſare, cum compenſatio tantum ſit eius, quod quiſque debuit? *L.* 1. *D. de comp.* Ne igitur hæc ratio nos fallat, bene ſuperiore cautione huic dubitationi occurritur. Ne nos ſuperior ratio moveat. Nam etiam quæ peti non poſſunt, ſi vel natura debeantur, veniunt in compenſationem. *L. etiam*, *D. de comp.* In propoſito autem, qui fructus poſſeſſori quæſiti per ſe neque ab eo peti poſſunt, neque etiam ſimpliciter ab eo debentur natura, hi tum facto eius ad præſtationem natura deberi incipiunt, cum impenſarum deductio cœpit ab eo poſtulari. In hac enim deductione poſtulat poſſeſsor, ne petitor lucrum faciat ex impenſis ſuis. Hæc vero poſtulatio inducit vice mutua adverſus ipſum hanc æquitatem, ne ipſe quoque lucrum faciat ex re petitoris, aut ſi facere poſtulat, debitæ utrimque præſtationis compenſatio admittatur. Utcunque enim fructus ex re aliena percepti poſſeſſoris fiunt; lucrum tamen ſunt, quod ex re aliena percipitur. Quod ſi æquum putat poſſeſſor impenſas a ſe factas ſibi reſtitui, quia hoc lucrum petitor a ſe habeat: patiatur & hoc ius adverſus ſe valere, ut quod lucrum fecit ex re petitoris, id ei vice mutua deſideranti reſtituat. Hæc illa eſt æquitas naturæ prætoris edicto ſancita, ut quod quiſque iuris in alium ſtatuerit, ipſe eodem iure utatur. *L.* 1. *D. quod quiſ. iur.*

XXVIII. Poſtquam quæ impenſæ deduci poſſint, tenemus, & in iis quæ non poſſunt deduci, ubi fiat poteſtas eius, quod poſitum eſt, tollendi: reliquum eſt in hac omni poteſtate, ut videamus, qua via horum utrumque poſſeſſor conſequatur. Et quod hic de ſumptibus deducendis dixero, idem de altera poteſtate intelligetur. De ſumptibus ſic Papinianus in *L. ſumptus*, *D. de rei vind. ſumptus in prædium, quod alienum eſſe apparuit, a bonæ fidei poſſeſſore facti exceptione doli poſita per officium iudicis æquitatis ratione ſervantur.* Exceptione in hanc rem ſic poſſeſſor utitur, dum is non oblatis a petitore ſumptibus rem petitam retinet, donec hi ſibi præſtentur; dominum autem contra pergentem vindicare, exceptione ſummovet: ſic hoc declaratur in *L. ſin autem*, *§. ult. D. de rei vind. L. ſi quis ſciens*, *L. ſi in area*, *C. eod.* Idque eſt quod alibi dicitur, has impenſas per retentionem rei petitæ ſervari. *L. ſi in area*, in fin. *D. de cond. ind.* Exceptio in eam rem eſt doli mali eo, quod poſſeſſor dicat petitorem ita rem vindicantem dolo facere. Recte dolo; quia æquitatis ratio poſtulet, ne quis locupletior fiat cum iactura alterius. *L. nam hoc natura*, *D. de cond. ind.* Dolo autem petitur, quidquid contra æquitatem naturalem petitur. Atque hinc etiam doli exceptio. *L.* 1. *D. de dol. exc.* Ita fit, ut qui ſumptus exceptione doli mali per retentionem ſervantur, iidem ſerventur æquitatis ratione, quæ hanc exceptionem & retentionem inducit. Fruſtra hæc exceptio ad ſumptus ſervandos, niſi hanc admittit & ratam præſtat officio ſuo iudex. Sequitur ergo, quod iuſte poſtulatum effectum poſſeſſori dat, officium iudicis: ut vere dicturi ſimus, in exceptione ſuperiore & huius exceptionis æquitate eſſe cauſſam, propter quam ſumptus ſervari debeant; in officio iudicis vim & modum, per quem ea exceptione admiſſa ſerventur. Officium autem iudicis in hac re tale eſt. Ut ille ſumptus prius æſtimet, eorumque ſummam certam conſtituat: deinde ſuperiorem doli exceptionem ſecutus poſſeſsorem ita condemnet, rem quidem ſi habet, ut eam reſtituat redditis prius illi ſumptibus ita æſtimatis, ut modo dixi. *d. L. ſumptus*, in fin. Si rem non habet, ut deducta ea ſumma, quanti ſumptus æſtimavit, poſſeſsorem in reliquam litis æſtimationem condemnet. Qualis condemnatio indicatur in *L. in fundo*, in fin. *D. de rei vind.*

XXIX. Hactenus ergo ſervandi impenſas in rem petitam factas certa ratio poſſeſsori in hac exceptione, & rei retentione. Quid, ſi hac omiſſa poſseſsor ſimpliciter condemnatus rem reſtituerit, aut præſtiterit litis æſtimationem: an impenſas poſtea nihilominus petere poterit? Et ut intelligatur ad impenſas illas ſervandas unam viam eſse per exceptionem, & rei petitæ retentionem: nullam autem eo nomine actionem eſſe: de eo ita conſtanter ſcri-

scribunt veteres. Negat Papinianus in *d. L. sumptus*. Eas impensas a domino peti posse, tantumque unam exceptionem doli relinquit, qua serventur. Iulianus autem in *L. si in area*, in fin. *D. de cond. ind.* multo apertius ita scribit, nullo alio modo quam per retentionem impensas servari posse. In eandem plane sententiam Paulus in *L. Paulus*, *D. de dol. mal. & met. exc. respondi*, inquit, *eum qui in alieno solo ædificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam si possideat, & ab eo dominus soli vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione*. Et ne quis hæc de impensis utilibus tantum dicta accipiat, de impensis necessariis loquitur Iulianus in *d L. si in area:* loquitur enim de eo, qui fulserat insulam hereditariam: sine qua impensa insula aut peritura erat, aut deterior futura: atque hanc impensam necessariam esse definimus. Scribit tamen illic Iulianus, eum qui id fecisset, nullo alio modo quam per retentionem eas impensas servare posse. Quæ cum tam diserte scripta sint, apparet nullo modo audiendum fuisse Martinum, qui horum sumptuum petendorum nomine utilem saltem negotiorum gestorum actionem dedit: ut refert Accursius ad *L. plane. de her. pet L. in fundo*, *D. de rei vind.* Nam si est hoc nomine ulla actio vel utilis, possunt hi sumptus alio modo servari quam per retentionem & exceptionem: quod nostri illi negant. Si est aliqua actio utilis, sumptus peti utiliter & efficaciter possunt; *L. actio*, *D. de neg. gest.* peti autem negat Papinianus, & ut omnem actionem ab eo removeri intelligamus, solum exceptionem relinquit. Et vero ita certius statuetur nullam hic actionem esse, si cur nullam esse dicant, intelligemus. Id autem earum actionum quæ hic potissimum esse possunt, remotio declarabit. Omnino si qua hic actio sit ad impensas repetendas, necesse est aut esse negotiorum gestorum, quasi negotio domini gesto, cum in rem eius impensum est; aut condictionem indebiti, quasi re non deductis impensis restituta plus solverit possessor, quam debuit. Non potest hic esse negotiorum gestorum actio; quia qui rem tanquam suam possidens in ea tanquam sua ædificat, aut quid aliud impendit, negotium suum gerit, non [6] alienum: qua ratione etiam denegatur ei repetitio in *L. domum*, *C. de rei vind.* ut & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant. *L. 4. D. de neg. gest.* Condictionem indebiti esse non posse disserit Iulianus in *d. L. si in area*, *de cond. ind.* & probat ideo, quod qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit cum eo cui solvitur. In eum enim pecuniam confert, & ille a solvente pecuniam accipit. Cum autem res sua cum ædificio & similibus impensis in rem factis restituitur domino, nullum hic negotium cum domino geritur: quoniam dominus in re recipienda nihil hic ab alio, aut de alieno accipit, sed quod suum est, recipit iure suo: ædificium autem in ea positum ne sic quidem accipit a possessore, sed quia soli proprium factum erat, eoque & domini, ideo & id tanquam suum & velut a re sua sibi traditum occupat: quæ & ratio redditur in *L. si quis sciens*, *C. de rei vind.*

XXX. Hic tamen nonnulla obiiciuntur. Primum *L. si pupilli*, *6. §. sed etsi quis*, *D. de neg. gest.* ubi ei qui ad negotia & res alienas gerendas accessit deprædandi causa, si quid circa eas res utiliter impenderit, tribuitur eo nomine adversus dominum negotiorum gestorum actio. Sed utrum quis ad res alienas tanquam alienas accesserit, an tanquam suas occuparit, multum interest. Qui ad alienas tanquam alienas accessit, hoc ipso negotium alienum esse confitetur, etsi hinc lucrum facere, & res ad se revocare cogitat. Qui tanquam in suo ædificat, negotium suum gerit, non alienum: quam ipsam ob caussam iam dixi ipsi etiam malæ fidei possessori, qui rem alienam se possidere non ignorabat, denegari sumptuum utilium petitionem, in *L. domum*, *C. de rei vind.* Obiicitur præterea *d. L. domum* ubi de necessariis impensis ita verba sunt: malæ fidei possessores eius quod in rem alienam impenderint, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habere repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Quæ exceptio aperte hanc significationem habet, si possessores malæ fidei, necessarios sumptus fecerint, sal-

6) Ita & Gomez. *in L. Tauri 46. n. 2.* quia qui bona fide sumptus fecit, tanquam in re propria, non habuit animum alterum sibi obligandi, ideo nec potuit sibi quærere actionem. Et immo vix est, ac ex summa æquitate, ut detur retentio pro impensis in alieno solo factis, quæ naturali ratione soli dominum sequuntur, Leonin. 4. *Emend.* 1. *n.* 50 Quare fatuus, qui rem restituit, non receptis impensis, Molin. er. 1. *Semest.* 30. Datur autem retentio, quousque expensæ taxatæ, & solutæ. Quæ taxatio, etsi non ita cito expediri queat, non idcirco possessio victo auferenda, nec si victor offerat satisdationem, nisi moram fecerit reus, in prosequenda iudicati executione, & sumptibus declarandis, Anton. Fab. *in Cod. suo hoc tit. de R. V. de fin.* 15. Si tamen liquidatio, perplexitatem habeat, & difficultatem, cautionem fideiussoriam sufficere vult Leonin. *d. C. 1. n.* 46.

saltem in his eos repetitionem habere. Quanto ergo magis habituri sunt bonæ fidei possessores? Et omnino hæc superiorum verborum significatio est: sed non idcireo hinc continuo colligas, possessorem ad eos sumptus consequendos ultro habere actionem. Nam petendi & repetendi verbum commune est, quo generaliter omnis postulatio significatur. Itaque pertinet tam ad eum, qui per exceptionem postulat sibi quid præstari, puta, qui petit sibi præstari impensas, prius, quam rem restituat, quam ad eum, qui ultro agendo aliquid petit. Hoc quidem posterius proprie, & in usu iuris fere semper: sed tamen ita, ut verbum priorem quoque significationem admittat, si minus proprie, admittat tamen. Unde & reus in exceptione actor esse dicitur. *L. 1. D. de excep.* Quæ cum ambiguitas sit in verbo, hæc ex aliis locis certis explicanda est, & ita locus interpretandus, ut malæ fidei possessores necessariæ impensæ repetitionem quidem habeant: sed suo modo iure civili cognito; per retentionem videlicet & exceptionem, non autem per actionem, ubi omissa fuerit exceptio. Id lex interpretationis iure civili recepta exigit. Nam primum in ambigua voce legis ita præcipitur, eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Ea autem caret vitio, quam aliæ leges admittunt; ea vitiosa, nec capienda, quam alii loci repudiant. Deinde & de iis legibus, quæ ulla in re aliis derogare videri possunt, hæc lex posita est in *L. præcipimus*, in fin. *C. de ap.* ut quidquid novis legibus specialiter non est expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligatur. Huc etiam pertinet, quod dicitur, leges priores ad posteriores, & posteriores ad priores trahi: scilicet ut aliæ ex aliis interpretationem ducant. *L. non est novum, & 2. seqq. D. de legib.* Postremo obiicitur *L. ult §. 1.* in fin. *C. de pet. her.* ubi si quid possessor aut petitor hereditatis solverit creditoribus, placet non tantum eum id consequi posse eodem iudicio per exceptionem & deductionem officio iudicis; sed etiam si postulatio eodem iudicio omissa sit, esse ei qui solvit, negotiorum gestorum actionem, aut condictionem ex lege. Sed nihil hunc locum obesse non difficile intelliget, qui observarit, de quibus impensis nobis institutus sit sermo. Nos de his impensis agimus, quæ in rem petitam factæ sunt, non quæ extra rem collatæ sunt in personam petitoris. Et de illis nominatim oratio concepta est in *d. L. domum, C. de rei vind. d. L. sin autem, §. ult. d. L. sumptus, D. eod.* quales sunt videlicet, si quid quis ædificarit, severit, plantarit in alieno solo: cuius generis rursum exempla cum iisdem locis, tum etiam aliis in eandem sententiam constitutis leguntur, ut *L. si quis sciens, L. si in area, C. de rei vindic. L. si in area, D. de cond. ind. L. Paulus, D. de dol. ma. exc.* Has, inquam, impensas ita in rem factas nullo alio modo possessor servare potest, quam per rei petitæ retentionem opposita doli exceptione. Longe diversa caussa est, si quid possessor solverit petitoris creditoribus quo facto petitorem liberaret: ubi scilicet impensa non in rem petitam confertur, sed in personam petitoris. Quæcunque eiusmodi impensa est, qua quis nulla necessitate solvendo debitorem liberat, is eo nomine adversus debitorem liberatum habet negotiorum gestorum actionem. *L. 3. C. de neg. gest.* Itaque non modo hanc habebit possessor hereditatis, qui solutione sua heredem liberavit; sed etiam rerum singularum possessor, qui rei petitæ, quæ pignori obligata erat, liberandæ causa solverit domini creditori; cuiusmodi impensa proponitur in *L. emptor, 65. D. de rei vind.* Differentiæ ratio non est explicatu difficilis. Nam qui in rem alienam impendit, dum quid eorum facit, quæ supra diximus, nihil facit, quo dici possit negotium domini gerere. Nam ab initio quidem, dum tanquam in re sua ædificat, negotium suum gerit, non alienum. Tunc autem cum rem cum ædificio restituit, ideo non potest dici gerere negotium petitoris, aut ullum negotium cum eo contrahere, quia hoc facto nihil in petitorem confert, ac ne ædificium quidem. Id enim dominus tanquam suum iure rei suæ occupans, non a possessore, sed a re sua accipere intelligitur. *d. L. si quis sciens, C. de rei vind. d. L. si in area, D. de cond. ind.* Qui autem solutione sua debitorem liberat, is iam ab initio in eum confert liberationem, quam ille non aliunde, quam a solvente accipit. Quam ob caussam utiliter in rem debitoris impendens, aperte hoc facto iam ab initio eius negotium gerit: ex quo etiam necesse est esse negotiorum gestorum actionem. *L. 2. D. de neg. gest.*

XXXI. Dixi de damno præterito, cuius nomine indemnitas a possessore postulatur; in quo sunt superiores impensæ. Erat, ut proposui, & damnum futurum, quod possessor ex re petita restituta iu-

sse

ſte metuat, quod item hoc iudicio poſtulet a ſe amoveri. Id quale ſit, & ubi huius quoque damni nomine indemnitatem poſseſsor recte poſtulet, & qualem conſequatur, reliquum eſt ut videamus. Id ergo damnum, quod poſseſsori ex re petita metuitur, duplex eſt. Naſcitur enim poſseſsori aut ex obligatione, qua is propter rem petitam obſtrictus eſt; aut ex conditione rei petitæ, cuius æſtimationem poſseſsor condemnatus pertulit. Quacunque obligatione ſeſe obſtrinxerit poſseſsor propter rem petitam, non dubium eſt, quin ex ea paratum ſit illi damnum re etiam reſtituta, dum eo nomine conventus præſtare cogetur id, ad quod erat obligatus. Sed non omnem hanc obligationem præſtare debet petitor: verum eam dumtaxat, quam propter rem petitam neceſſe habuit poſseſsor ſubire; quam eandem ſcilicet dominus, ſi poſſideret, ſuſcipere cogeretur. Id enim rei damnum eſt: quod propterea æquum eſt ad dominum rei pertinere. Huius generis obligationes duæ ſunt. Una, cum poſseſsor propter ædes petitas vitioſas damni infecti cavere vicino coactus eſt. Altera, iudicati; quæ hoc modo incidere poteſt, ut poſseſsorem etiam re reſtituta teneat, ſi poſseſsor ſeparatim a duobus actione in rem conventus, deinde ab uno prius victus reſtituere ei cogatur: cuiuſmodi ſpecies proponitur in *L. pen. D. de her. pet.* & *L. is a quo*, 57. *D. de rei vind.* aut ſi is a quo ſervus petebatur, cum quo etiam eiuſdem ſervi nomine ab alio furti agebatur, prius victus ſit a petitore, ut ei ſervum reſtituere debeat. Quæ ſpecies extat in *L. a quo*, 58. *D. de rei vind.* Quanvis enim in utraque ſpecie victori rem reſtituendo poſseſsor omni actione, & obligatione iudicati, quæ cum illo intercedebat, liberetur: tamen ſupereſt adhuc altera obligatio iudicati, qua poſseſsor alteri actori propter eandem rem obſtringitur. Atque harum obligationum utraque, ut apparet, neceſsario propter rem petitam poſſidenti ſuſcepta eſt. Iure ergo petit poſseſsor utriuſque periculum ſibi a petitore amoveri prius, quam rem petitam reſtituere cogatur. Quod & placuit. Et quoniam præſens hic periculum non eſt, ſed fieri poteſt, ut poſseſsor ſequenti actori non condemnetur; poteſt etiam fieri, ut damnetur; ideo huius periculi amovendi hæc ratio eſt, non ut ſolvatur iam nunc poſseſsoris nomine, quod nondum conſtitit eum debere: ſed ut officio iudicis cautione petitor medeatur victo, ut eſt in *d. L. pen. D. de her. pet.* hoc modo ſcilicet, ut petitor [7] caveat poſseſsori his rebus recte præſtari; id eſt caveat, ſi quid eo nomine aherit poſseſsori, ſe id recte præſtaturum. Quorum prius in cautione damni infecti a poſseſsore expoſita faciendum eſſe traditur in *L. ipſ.* 19. *D. de rei vind.* poſterius velut interpretationis vice in *d. L. a quo*, 58. *D. eod.* Et notandum, cautionem petitoris in hac re talem eſſe debere, ut ea cautione recte proſpectum ſit reo. Ideo modo legimus poſſeſſori in hac re proſpici debere cautione, vel ſatiſdatione. ut in *d. L. pen. de her. pet. d. L. is a quo*

7) Et ita duobus, rem eandem, diverſis iudiciis vindicantibus; etſi ſecundum motum, priore necdum finito, ſed pendente, qui prior ſententiam obtinet, exſecutionem quoque. Nec reſtitutio inde impeditur, quod alterius ius nondum diſcuſſum, aut actio finita, modo cautionem victor præſtet, ut *d. L. pen. & L.* 57. Petr. Barboſa *ad L. ſi alienam* 11. ipſi 12. *D. Sol. matr. n.* 15. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 16. *n.* 3. Caſtillo *Contr. quotid. C.* 9. Coler. *Deciſ.* 112. *n.* 1. Et præſtita cautione, eſt neceſſitas ſecundo petitori proſequendi eandem inſtantiam cœptam cum poſſeſſore primo, ut vult Caſtillo *d. loc.* Quod ſi lata ſententia, quæ vires iudicati ſortita eſt, lis de eadem re moveatur ab alio, nec exſecutio differenda, nec cautio præſtanda, Caſtillo & Covar. *dd. loc.* Quia nec lis iure tunc moveri poteſt adverſus victum, qui propter ſententiam non poteſt haberi pro poſſeſſore, ſed adverſus victorem, in quem poſſeſſio mox transferenda, translata habetur arg. *L. pen. de teſt. mil.* Barboſa *d. n.* 13. Covar. *d. loc.* teſtans de communi. Nam etſi dicat novus petitor intereſſe ſua, ne fiat exſecutio, aut poſſeſſio transferatur in duriorem adverſarium, ſibi tamen imputet, cur non prius egerit contra priorem poſſeſſorem, Covar. *d. loc.* Minus dubii habet, quod Virgil. Pingicz. Q. 37. tradit, non caveri poſſeſſori de indemnitate, ſi in futurum quis venerit, prætendens deinde, rem eſſe ſuam. Merito. Non tantum, quod iudex ſolicitus eſſe non debeat de iis, quæ poſtea contingere poſſunt, quo ille movetur, quam quia, & ſine cautione in omnem caſum indemnis eſt poſſeſſor, a quocunque poſtea conveniatur, quia dum iudicis iuſſu reſtituit, ſine dolo poſſidere deſiit. Quid autem ſi lite dominii inter C. & S. vertente T. ſe eodem iudicio opponat, petatque removeri Caium a petitione, eo quod res ſua ſit? Etſi non deſint, qui hic quoque diſpoſitionem *d. L.* 57. vigere volunt, ſi tamen T. pendente iudicio (nam ſi ſententia finitum, novo iudicio opus) & ante concluſionem cauſſæ interveniat, ſententia pro C. ferri non poſſe, niſi Titii iure diſcuſſo, adeoque reſtitutionem ita impediri, nec cautioni locum eſſe, ſentit poſt alios Barboſa *d. loc. n.* 16. *& ſeq.* & Caſt. *d. n.* 9. Quia, etſi hic oppoſitor vice actoris, quatenus rem ſuam eſſe iudicari petit, ut ea ratione locus *d. L.* 57. videri poſſet: tamen quatenus una removeri Caium a vindicando petit, eidem exceptionem intentionis, quod ſua non interſit, vel ei non ſit actio, obiicit: qua ratione prius iudicium differtur; nec niſi cognitio, de hac exceptione definiendum, Barboſa *d. n.* 1. Verum contrarium firmius adſtruitur a Covar. *Pract. QQ. C.* 14. *n.* 4. & Fachin. *Contr.* 5. proceſſum cauſſæ, litiſque examen retardari arbitrio tertii intervenientis non debere. Quin inter C. & S. lis determinanda, citra læſionem iuris Titii, nec ſi is inchoato iudicio ſerius veniat, exſpectandum petitori, donec hic cauſſam ſuam inſtruat, quippe illi, his remoris interiectis, fieri poſſet iniuria. Ad hæc, ſi eiuſmodi prætenſio tertii non remoratur exſecutionem ſententiæ latæ, unde maius præiudicium gigni videtur, minus ſiſtet curſum iudicii, ſententiamve ferri impediet, Covar. *d. loc.* add. Io. Petr. Surd. *Deciſ.* 335. *Lib.* 2. Iure Sax. *d. L.* 57. non obtinet, verum lite de eadem re a duobus mota, res iudici poſtulanti ſervanda traditur, vel a poſſeſſore retinetur, donec uterque de iure ſuo inter ſe decertaverint, eademque poſtea reſtituitur vincenti. Land. *Lib.* 1. *Artic.* 15. *&* 41. *Diff. iur. civ. & Sax.* 19. *n.* 11. *&* 12. *P.* 1. Coler. *Dec.* 112. *n.* 1.

a quo. *D. de rei vind.* modo simpliciter illi cavendum esse, ut in *d. L. ipsi. de rei vind.* modo etiam illi satisdandum. Quæ res nos admonet, alias nudam cautionem sufficere, alias exigi etiam satisdationem. De quo statuendum est ex personæ petitoris qualitate. Nuda cautio sufficiet, si petitor aperte sit dives. Satisdatio exigetur, si petitor sit pauper, aut alioqui suspecta persona.

XXXII. Nascitur & possessori ex conditione rei petitæ damnum, quod ille futurum in ea re iuste metuat, cum is condemnatur in litis æstimationem ob id quod rem extantem, quam dolo aut culpa desiit possidere, non restituit. Atque hinc damni huius, & metus caussa. Constat enim litis æstimationem, quæ pro re petita præstatur, emptionem facere. [8] *L. 3. D. pro empt.* ubi scilicet possessor rem retinens pro re pecuniam præstat: scimus autem ubi pro re pecunia præstatur, emptionem esse. *L. naturalis 1. resp. D. de præs. ver.* Cui consequens est secundum legem communem emptionis & venditionis, ut si petitor rei dominus fuit, possessor item dominus fieri debeat, atque adeo re tradita dominus fiat: si non fuit, saltem petitor evictionis nomine obligetur. *L. ex empto*. In pr. *D. de act. empt.* Hinc ergo circa dominium eius rei pericula quædam, de quibus iuste dubites, an ea petitor amoliri reo debeat. Unum in re præsente: duo in re [9] absente. Si res præsens est, cuius æstimationem possessor sustinuit, & petitor rei dominus fuit, non dubitatur de dominio, quin id statim ad possessorem transeat. *L. eius. 46. L. hæc si. seq. D. de rei vind.* Nec quia hic traditio rei non intervenit, ideo ea res obstat dominii translationi. Hoc enim ipso quod res apud possessorem est, & dominus patitur ex sententia iudicis eam apud possessorem pretio accepto manere, satis pro tradita habetur, nec alia traditio ad dominium transferendum est necessaria. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. dom.* Sed fieri potest, ut petitor dominus non sit: quo sane casu non potuit dominium transferre, qui non habuit. *L. traditio, D. de acq. rer. dom.* Atque hinc periculum illud, quod dixi: id autem est periculum evictionis. Cum ergo hæc aliquando possit existere, quæritur, an non petitor possessori de evictione cavere cogendus sit rei nomine, cuius æstimationem accepit, & hoc illi periculum isto modo amovere; cum diximus hic emptionem contrahi, cuius ex natura est, ut præstetur hæc cautio. *L. ex empto*, in pr *§. venditorem, D. de act. empt.* Et placet petitorem possessori de evictione cavere non cogendum: sibi eum possessorem imputare debere, qui rem non restituit: hoc in *L. & ex diverso, 35. §. petitor, D. de rei vind.* Et recte. Nam cum possessor rem dolo non restituit, apparet non voluntatem petitoris, sed possessoris factum & iniuriam huic emptioni causam dedisse. Ratio iuris dictat, hoc factum auctori nocere debere, non adversario. *L. factum cuique. L. non debet alteri, D. de reg. iur.*

XXXIII. Quod si res aberit, cuius æstimatio a possessore præstita est, hæc non prius fit eius, quam possessionem nactus fuerit ex voluntate actoris. *d. L. hæc si res, 47. de rei vind.* Ut enim maxime intervenerit eius rei emptio; dominium tamen nisi traditione domini secuta non transfertur. *L. traditionibus, C. de pact.* Interim hæc pericula duo obiiciuntur possessori victo: unum, ne petitor postea nolit rem tradere. Alterum, quod dum possessor dominus non est, non potest rem ab aliis possessoribus vindicare, iisque auferre. Hinc rursum duplex quæstio ad utrumque periculum amovendum accommodata. Una, an petitor cavere debeat de re tradenda. Altera, numquidnam petitor dum res abest, debeat possessori actionibus suis cedere ad rem persequendam. Quorum de utroque ita placuit: In traditione quidem rei, non cogi petitorem cavere se rem traditurum; neque enim rem persequi debet, ut tradat; sed cavere debere [10] per se non futurum, quominus res tradatur. *d. L. hæc si res, 47. de rei vind.* Semper enim dolus abesse debet a petitore. Dolo autem facit petitor, si velit rei æstimationem habere, & id agat, ne res ad possessorem perveniat. In actionibus autem cedendis distinguitur; ut si quidem possessor culpa non fraude possessionem ami-

8) Et similibus *ad d. L. 3.* a Goth. subnotatis fuse Io. Bapt. Asin. *Tr. de Exsecut.* §. 7. *Cap* 170. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 1. *Gl.* 14. *n.* 20. Quo de alibi.

9) Rem præsentem, & absentem exponit Accursius, quæ in potestate emptoris est, vel non est. Sed Cuiac. 4. *Obs.* 3. præsentem dici, quæ in præsentia & oculis est contrahentium; absentem contra. Atque ita in *d. L.* 46. & *seq.* absentem exponit A. Fab. 75. *Err. Prag.* 3. & 4. inde firmans, constituto possessorio, non transire possessionem.

10) Ne alias actor, litis æstimatione percepta, impedire possit, ne possessor unquam dominus fiat, si consentire nolit, ut eius possessionem novam reus apprehendat. A. Fab. 75. *Err. Prag.* 3.

amiserit, huic desideranti petitor actionibus suis [11] cedere debeat. *L. si culpa, 63 D de rei vind.* Sin desiit dolo possidere, hanc quoque doli poenam ferat, ne actor ei actiones, quas eo nomine habeat, sive ea in rem actio est, sive Publiciana, praestare cogatur. *L. is qui dolo, 69. & L. seq. D. eod.*

[11] Sed & non cessis actionibus, Praetor auxilium laturus, etiam ipso priori actore possidente *d. L.* 63. id est Publiciana actio ei succurrit, quam & adversus ipsum petitorem exercebit. Non autem datur vindicatio directa, quia etsi videatur emisse, non tamen dominus est, ante apprehensam possessionem. *d. L.* 49. Cuiac. 10, *Obs.* 6. *et in Papinian. ad d. L.* 49.

C A P. V I I I.

Reliquarum in rem actionum brevis descriptio, singularum rectam institutionem, vim & potestatem compendio indicans.

Transitio. Actiones alias in rem omnes petitioni hereditatis & vindicationi esse maxime affines. I.
Compendiaria descriptio actionis confessoriae & negatoriae, eiusque partium. II.
Item actionum trium praeiudicialium; eiusque partium. III. IV.
Esse actiones in rem praeiudiciales. V.
Fine tamen atque exitu nonnihil dissimiles. Qui harum proprius finis. VI. VII. & seq.
Tales unde dictae; plenior harum cognitio unde petenda. VIII.
Actiones in rem praetorias aut de universitate esse, aut de rebus singulis. IX.
Esse inter priores petitionem hereditatis possessoriam & fideicommissariam; utramque re & effectu eandem cum civili. X.
Inter posteriores Emphyteuticariam, superficiariam, Publicianam, Servianam. De singulis obiter, & de propria cuiusque sede. XI.
Actionem rescissoriam quam vocant, & aliam de pignore praetorio: utramque in superiorum genere censeri. XII.

I. His de petitione hereditatis, deque rei vindicatione plenius, & quantum cuiusque actionis natura postulabat, expositis, exemplar informatum habemus, quod in reliquis actionibus in rem ad rectam earum institutionem sequamur: ne forte, ut proposuimus, necesse sit singulas separatim diligentius persequi. Mutata enim re, de qua agitur, & mutato actoris iure, similia prope omnia in caeteris reperiemus. Sic enim earum conditio est, ut quibus de rebus illae competeant, iis dentur, quorum eae res sunt, quorumve ad ius pertinent: competant adversus eosdem earum rerum possessores: competant de his ipsis rebus certis: finem autem & exitum iudicii fere eundem habeant per omnia, nempe ut quale ius nostrum esse in his intendimus, primum id tale esse declaretur sententia iudicis; cum deinde pro eo iure res petita nobis cum omni caussa restituatur; adversus non restituentem autem tanti lis aestimetur a iudice, quanti quaeque res erit, aut vere, aut iureiurando actoris aestimata. Quae res facit, ut quae de possessoribus, cum quibus agitur; de certitudine rei petitae; de restitutione rei & omnis caussae, quid ea contineatur; deque litis aestimatione superioribus Titulis dicta sunt, eadem prope omnia & ad caeteros, qui sequuntur, pertinere, atque in his iam exposita esse intelligantur. Sed quoniam non omnium eaedem ad agendum caussae sunt, nec quae hic communia diximus, in omnibus usquequaque similiter servantur; melius & certius id totum, quod dixi, quale sit, brevi enumeratione & descriptione singularum assequemur.

II. Ergo ex iis actionibus, quae de rebus vere nostris extra personam positis competunt, reliquae erant actiones in rem de rebus singulis incorporalibus, eae autem sunt servitutes. De his actiones in rem duae sunt; confessoria, & negatoria. Confessoria, de servitute, quam nostram esse intendimus. Negatoria, quae verbis servitutem deberi negans, vi ipsa libertatem rei nostrae vindicat: ut prior quidem sit servitutis vindicatio, posterior autem nihil nisi vindicatio, libertatis. Quo intellecto, eadem opera intelligimus, quasi servitus & libertas res essent exstantes, quas vindicaremus: sic re mutata eandem hic propemodum rei vindicationem esse, quae de rebus nostris corporalibus, proinde & hic totidem partes rectae institutionis. Itaque confessoria competit ei, qui ser-

servitutem suam esse, & ut in re corporali se tanquam servitutis dominum esse intendit. Competit adversus eum, qui eam servitutem possidet; sed genere possessionis rei incorporali conveniente: adversus eum scilicet, qui nobis eius servitutis controversiam facit, nos ea servitute libere uti prohibet: sic enim prohibendo facit, ut servitutis usum auferendo ipsam servitutem velut detineat. Competit de certa servitute ea, de qua agitur. Finis & petitio iudicii, itemque exitus pro rei qualitate idem, qui in rei vindicatione; nempe ut servitus per sententiam declaretur esse actoris; hoc modo asserta ei restituatur etiam cum fructibus. Tantum hic restitutio quæsita est, quæ & ipsa rei conveniret. Sic autem convenire visa est, si duo hæc præstaret reus quibus de servitutis usu prospectum esset actori: primum, si quid fecit, quo servitutis usum prohiberet, ut id iam nunc tolleret in præsentia: tum vero in futurum tempus caveat per se non futurum, quo minus actori deinceps ea servitute libere uti liceret. Quæ & duo hic exiguntur a reo; in quibus & restitutio servitutis posita est. In negatoria actione libertatis vindicatio totidem locis comprehensa est. Competit nimirum ei, qui se servitutem debere negans, hoc ipso rem suam a servitute liberam esse intendit: uno verbo libertatem rei suæ vindicat. Competit adversus eius libertatis velut possessorem: eumdem illum videlicet, qui nobis huius iuris facit controversiam, qui nos nostra libertate uti non tinens, eam quodammodo libertatem detinet, dum prohibet, ne integra ad nos perveniat. Competit de libertate rei nostræ non qualibet, sed ea, quam adversus servitutem cuius fit controversia, nobis defendimus. Finis & petitio eadem; ut res nostra declaretur libera ab ea servitute, quam sibi sumit adversarius; sic deinde libertas rei nostræ nobis restituatur. Restitutio in iisdem rebus posita, ut si quid reus fecit, quo libertatem rei nostræ minueret, id deponat: tum in futurum ut caveat per se non fieri, quominus deinceps re nostra libere utamur. Hæc strictim de utroque genere diximus, non quod non pleraque essent horum generum, & quidem in superioribus, quæ & sua confirmatione, & fusiore explicatione indigerent: sed quia utrumque genus a nobis plenius expositum est in argumento de servitutibus. Quod illic coniunctim fecimus consulto, quia sine suis actionibus servitutes aut intelligi, aut explicari posse non videbantur. Servitutis enim vis omnis in usu consistit. *L. via, D. de ser.* Hic autem usus nisi suis illis actionibus defenditur, nullus est.

III. Atque hæ actiones in rem sunt de rebus vere nostris; sed rebus extra personam positis. Quasdam esse diximus de rebus quidem nostris, sed rebus in persona positis, id est ad statum personæ pertinentibus, quo in genere proditæ sunt eæ actiones, quæ [1] præiudiciales appellantur: de quibus scripsi fusius ad *§. præiudiciales, Inst. de act.* nunc ut pro loco summam breviter perstringam. Præiudiciales actiones sunt, quibus agitur inter aliquos de alterutrius statu, dum aut unus in alterius persona sibi aliquid iuris vindicans eius statum oppugnat, aut contra impetitus ab altero adversus eam oppugnationem defendit suum. Nomen ex re cum sit, id quale sit, tum poterit intelligi, cum quæ sint hæ actiones, & quid petant cognitum fuerit. De re ergo prius videamus. Et hic status personæ, quo nomine huius generis actiones constitutæ sunt, triplex est, unde & harum actionum totidem genera: libertas, ingenuitas, ius familiæ. De libertate agitur inter duos, quorum unus alterum servum suum, & se eius dominum esse dicit; alter contra se servum negans liberum esse contendit: unde quæstio iudicii propria, an is qui servus dicitur, liber sit, an servus. In quo genere mutuæ sunt actiones proditæ, & domino servum suum, qua se servum negat, ultro vindicanti; & libero, qui servus dicitur, ultro in libertatem proclamanti. Dominus si ultro agit, in eo actionem confessoriæ similem: si agit ultro is, qui servus dicitur, tum in eo ex adverso actionem negatoriæ similem agnoscas. Eo ergo agente, qui se dominum dicit, sic actio est. Competit domino, servitutem, quam

1) De his quædam exactiora subnotare nunc supersedeo, cum de quibusdam nondum satis liqueat, nec quid certi constituerim. Adire potes Rævar. 1. *Var.* 18. *&* *Libb. duob. de Praiud.* (ubi *Lib.* 1. *C.* 12. pudendi erroris & absurditatis insimulat nostros, qui omnes actiones, quibus status conditionisque quæstio tractatur, præiudiciales statuunt. Quam vere, alii interim viderint) Coras. Hot. Mudæ. Hotens. & Vult. *ad d. §.* 13. *I. de act. idem* Vult. *ad §.* 1. *I. eod. n.* 6. *&* *seqq. &* *Disc. scholast. C.* 3. Goth. Anton *Disp. Antivult.* 3. *th.* 32. *&* *seqq.* Duar. 2. *Disp.* 2. Loriot. *de iur. Arte Tr.* 3. *de Consanguinitate Ax.* 6. *&* 6. *seqq.* Cuiac. 5. *Obs.* 37. Mercer. 2. *Opin.* 21. P. Fab. 1. *Semestr.* 25. Reiner. Bachov. 1. *Misc. Disp. C.* 2. *P.* 14. *&* *seq.* Itemque ad praxin materiæ Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 1. *&* *seqq. ac de Iure primigen.* Q. 17. *Opin.* 1. *n.* 27. *&* *seqq.* Menoch. *Recup. Remed.* 9. *n* 35. *&* *seqq.* Gutierr. 1. *Pract.* Q. 25. Nicol. Carbon. *Practica Lib.* 2. *C.* 9 *&* *Lib.* 3. *Ca.* 3. Robert. 2. *Rer. iudic.* 17 *ac seq.* Virg. Pingicz. Q. 43. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. C.* 52. *&c.* De possessoriis præiudicialium Wes. *Cons.* 44. *&* *Cons. Marpurg.* 32. *Vol.* 3.

quam in alterius persona suam esse dicit, vindicanti. Competit adversus eum, qnem in servitutem petit, qui se liberum esse dicens, atque hoc modo servitutis suæ controversiam faciens, eam servitntem tanquam domino eripit, ereptam tenet. Competit de hac ipsa servitute, ac propter hanc de servo ipso. Finis iudicii hic unus, ut qui se dominum servi dicit, declaretur dominus, & simul is, cum quo agitur, eius servus. E converso agente & in libertatem proclamante eo, qui servus dicitur, sic actio eius futura est, ut tanquam quo de servitutibus rerum, negatoria uteretur, sic ei competat libertatem sibi asserenti: adversus eum, qui se dominum dicens eius libertatis controversiam facit, atque ita quodammodo eam libertatem detinet: competat de ea ipsa libertate asserenda: finis & petitio sit hæc sola, ut qui se liberum esse intendit, liber pronuntietur. De ingenuitate agitur inter duos, quorum unus se alterius patronum, & eum libertum suum esse dicit, alter utrumque negans se ingenuum esse contendit. Unde quæstio huius iudicii summa, an qui libertus dicitur, libertus sit, an ingenuus. Ubi rursum cum unus sibi ius patronatus tanquam servitutem quamdam in eo, quem suum libertum dicit, vindicet: alter autem se libertum negans sibi contra vindicet ingenuitatem tanquam libertatem ab eo iure: apparet uter illorum aget, actiones hic futuras superioribus similes, illi quidem velut confessoriam, huic autem tanquam negatoriam. Tantum ut res utrique actori ad obtinendum proposita servetur. Itaque ius patroni sibi vindicanti erit actio, quæ competat patrono: sic adversus eum, qui libertus dicitur, & se libertum negans actori iuris sui controversiam facit: actio de hoc ipso iure patronatus: finis & petitio, ut qui agit pronuntietur patronus, qualem se esse intendit. Contra vero ingenuitatem asserenti erit actio, quæ competat ingenuo: competat adversus eum, qui se patronum dicens hunc statum agenti detrahit: competat de hac ipsa ingenuitate: finem autem & petitionem communem hanc habeat, ut qui agit, sicut se ingenuum dicit, ita & pronuntietur ingenuus.

IV. De iure familiæ, non quolibet præiudicialis actio est, sed de iure filii, in quo quæritur inter aliquos, utrum unus alterius filius sit, necne. Huius generis actionum præiudicialium duæ sunt species. Una, qua mulier soluto matrimonio agit cum marito, aut patre mariti de partu a se edito, quem illa iustum & legitimum partum esse contendit, maritus ex se natum negat. Ideo agit mulier, ut partus declaretur legitimus, & talem maritus agnoscere cogatur. Unde hæc species dicitur de partu agnoscendo. Altera species est, qua agitur inter patrem & filium ipsum, dum aut pater filium suum esse intendit, qui se filium eius negat, vel contra; aut filius illum suum patrem esse intendit, qui se patrem negat, vel contra, ut exposui in *d. §. præiudiciales*. In quibus quis agat, adversus quem, qua de re, qualem se in iure patris aut filii declarari postulet is qui agit, cuiusve nomine agitur, apparet.

V. De his actionibus duo hæc statuimus; in rem eas esse; sic tamen in rem, ut sint eædem & præiudiciales. Quorum prius quam verum sit, quia dubitationem habet: posterius quid valeat, breviter cognoscendum est. Sunt vero actiones præiudiciales superiores actiones in rem. Declarat definitio actionis in rem: cuius hæ sunt notæ duæ non dubiæ, ut sit in rem actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet *L. actionum, D. de obligation. & action.* Horum utrumque convenit actionibus præiudicialibus. Sunt igitur & hæ ex definitione in rem actiones. Sic autem convenire ex his, quæ diximus, planum fit. Nam in superioribus actionibus dominus cum servo agens servum suum esse intendit; patronus ius patronatus suum esse in liberto; pater filium suum esse dicit, & ad familiam suam revocat. E converso qui servus dicitur, sibi libertatem contra vindicat; libertus adversus patronum ingenuitatem; filius familiam patris sibi arrogat, aut huius repudiando aliam familiam suam esse dicit, eamque sibi asserere cogitat. Hactenus igitur in omnibus qui agit, de re sua agit, quam & sibi vindicat. Eædem sunt adversus eos, qui iuris alicuius superioris in iudicium deducti actori controversiam faciunt; faciendo, ut dixi, velut adimunt, ademptum detinent. In quo pro possessoribus habentur: ut hactenus quoque sint superiores actiones adversus possessorem: similiter ut confessoria & negatoria ideo adversus possessorem servitutis aut libertatis nostræ esse dicuntur, quia sunt adversus eum, qui earum rerum nobis controversiam faciens eas res tanquam detinet. Sunt igitur, ut proposui actiones præiudiciales actiones in rem: quippe de rebus nostris ad statum personæ pertinentibus.

VI.

VI. Non tamen in rem per omnia. Ideo a Iustiniano in §. *præiudiciales*, *Inst. de act.* dicuntur actiones præiudiciales in esse videri, non autem esse absolute. Et recte. Sunt enim maxima & excellentiore ex parte, ex qua tanquam præcipua non male simpliciter dicantur in rem esse: sed non sunt in rem in totum, ut quidem sunt eæ, quas proprie in rem dicimus. Finis actionis interest. Nam actionum in rem, quæ proprie ita dicuntur, finis duo continet, quæ & illæ persequuntur, & sententia iudicis obtinent. Primum ut res, quam petimus, nostra esse declaretur. *L. & ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind. L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Alterum, ut re illo modo nobis asserta, sic deinde nobis restituatur, aut condemnetur possessor quanti res erit aut vere, aut iureiurando actoris æstimata, pro ea distinctione, quæ traditur in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Et quidem huius restitutionis, condemnationisve obtinendæ caussa potissimum actiones in rem comparatæ sunt. *L. officium*, *d. L. qui restituere*, *de rei vind.* Hic finis est in actionibus præiudicialibus dissimilis. Hæ priorem partem habent; [z] posteriorem non agnoscunt, vel potius posteriore destituuntur. Et sane in superioribus præiudicialibus omnibus animadvertere potuimus id agi, ut qui se dominum, patronum, patrem dicit; aut qui se dicit liberum, ingenuum, filium, talis pronuntietur sententia iudicis. Sed cum hoc factum erit a iudice, non sumus progressi longius, ut quidquam adiiceremus de restitutione iuris petiti, aut eius cum quo agitur condemnatione. Scilicet quia hic consistitur, nec ulla petitur restitutio rei petitæ, eoque nec ulla sequitur condemnatio adversus eum cum quo agitur, quasi non restituerit, quod restituere iussus non est. Id præiudicii verbum postea cognitum facile ostendet. Nunc satis sit ad eam rem auctoritas Theophili, qui in *d.* §. *præiudiciales*. præiudicialem actionem esse dicit formulam intentione sola constantem, quæ de ea quidem intentione in iudicio sententiam desideret, sed sine condemnatione. Recte sine condemnatione, ubi nulla est condemnatio, qua iubeatur reus quidquam restituere, aut pro re non restituta ullam æstimationem præstare.

VI. Quo ergo istæ actiones? aut quid refert aliquem dominum, patronum, patrem, filiumve alterius esse, vel non esse pronuntiari, ubi actore tali pronuntiato, nihil ei restituatur neque de iure petito, neque iuris petiti nomine? Et certe ad ius petitum nihil refert: ad commoda obtinenda, quæ ex eo iure nascuntur, refert plurimum; in quo est finis summus, & propria utilitas harum actionum. Præiudiciales actiones eo spectant, ut cum de iure actoris in his pronuntiatum fuerit, actor præiudicium partium habeat, quo utatur in omnibus commodis, quæ quandoque postea ex eo iure asserto nascentur, si quando de his inciderit controversia vel inter easdem personas, vel inter alias. In hac, inquam, controversia superius iudicium, & superior sententia, de his ipsis commodis præiudicium faciet, ut prius pronuntiatum tam hic sequi oporteat, quam si prius nominatim de hac ipsa controversia iudicium factum esset. Exempli caussa: patroni, & iuris patronatus commoda hæc sunt. Libertus patrono debet honorem, obsequium, operas, etiam successionem patrono, eiusque liberis. Finge patronum cum præiudiciali actione egisse adversus libertum, pronuntiatum esse eius liberti patronum, atque hic iudicium quievisse. Quandocunque postea patronus vel liberi pro iure suo operas liberto, aut eius successionem petent, non licebit adversariis dicere, tu patronus non es, non debentur illa tibi, idque probare parati sumus. Quod semel pro patrono inter legitimos contradictores iudicatum est, perpetuo pro eo valebit in iis controversiis, quæ de commodis eius iuris nascentur, iisque præiudicium faciet. Item, inter patrem & filium, aut inter maritum & uxorem cum præiudicio ageretur, qui filius diceretur, etiam filius pronuntiatus est. Filii ius & commodum est inter cætera, ut sit is pa-

tri

z) Convenit Hortens. *ad d.* §. 13. Iusta, inquit, dubitatio an sint actiones, cum ita agens nec vindicet quid, nec sibi dari oportere intendat, sed se liberum ingenuum, sui iuris; vel adversarium servum, libertum, filiumfamilias esse. Nec ulla hic restitutio unquam aut condemnatio scilicet ad restitutionem. Sed postquam actiones videntur *L.* 37. *de O. & A.* utri generi propiores? Actioni in rem utique quia perpetuo sequuntur ipsam personam, quam intenditur servum libertum &c. esse vel non esse, tanquam rem actoris. Longius absunt a personalibus, quia servus, filiusfamilias, libertus nil eo nomine debent, cum in istis potestas omnem obligationem civilem impediat. Et libertus operas etiam debeat ex iureiurando non iure patronatus &c. ita Hortens. Sane in liberalibus iudiciis vindicias secundum libertatem vel servitutem datas fuisse legimus *L.* 2. §. 34. *de O. I.* vid. Hot. 2. *Obs.* 9. Turneb 30 *Advers.* 35. Quo ipso actioni in rem ea accedere patet. Quicquid contra nitantur Bodin. *Distrib. iur. pag.* 41. Vult. *Disc.* 3. *& ad* §. 1. *n.* 6. *& seqq. & ad* §. 13. *I. de act.* Val. Guil. Forst. *Tractat. Instit. P.* 2. *Disp.* 1. *Th.* 3. *lit. B.* & Arumæ. *Exerc. Instit.* 18. *Th* 8. Nam etsi non vero dominio, tamen iure quodam in rem & quasi dominio oriuntur, Gifan. *ad d.* §. 13. *& ad L.* 25. *d. O. & A. n.* 6. *&* 7. dominio nempe iuris, unde comparatæ vindicationibus corporalium rerum videntur in rem, Bachov. 1. *Actis. Disp.* 14. *pag.* 15. Pluribus Goth. Anton. *loco cit. supra Not.* 1.

tri defuncto heres. Dicemus patre isto quandoque mortuo filium huuc hereditatem eius recte vindicaturum ab omnibus posſesſoribus; & si posſesſores contendant illum filium non esse, ut sic efficiant defuncti hereditatem ad eum non pertinere, actorem ad illos repellendos satis præsidii habere, quod semel cum patre agens filius eius pronuntiatus est. Hanc enim pronuntiationem in reliquis controversiis ad ius filii pertinentibus præiudicium facere adversus omnes personas, qui eius status filio eontroversiam facient.

VIII. Hoc constituto, iam illud potest sciri, eur hæ actiones dicantur præiudiciales; quod alterum hic quærebamus, neque prius intelligi potuit, quam superioribus cognitis. Nempe ergo ita in rem sunt, ut simul sint in rem præiudiciales: sic dictæ, ut intelligatur eas non restitutionis alicuius obtinendæ caussa comparatas esse, ut sunt illæ, quæ proprie & omni ex parte in rem sunt: sed comparatas esse solius præiudicii superioris parandi caussa. Qua ratione recte dicuntur præiudiciales ex fine harum actionum proprio, similiter ut quæ rei persequendæ caussa comparatæ sunt, dicuntur rei persecutoriæ; quæ pœnæ persequendæ gratia, pœnales. Hæc præiudicialium actionum dilucida summa est. Cætera ex commentario petentur: si illud addiderimus, quod supra in divisione actionum in rem attigi, præiudiciales actiones in usu iuris easdem uno verbo diei præiudicia. *L. actionis, D. de obl. & act. L. 1. §. 1. D. de rei vind.* ne quid forte ista nomina nos fallant, eum occurrent. Ut aliud genus actionum hic statui putemus.

IX. Reliquæ sunt in rem actiones de rebus non nostris, sed quasi nostris, aut alioqui ad ius nostrum pertinentibus, quæ omnes sunt prætoriæ. Quarum item ut superiorum duo genera esse diximus, quasdam enim esse de universitate, idest hereditate, quam petant; quasdam de rebus singulis.

X. De universitate & hereditate duæ sunt; 3 possessoria hereditatis petitio, & petitio hereditatis 4 fideicommissaria: sic enim de bis sui Tituli sunt distincti in Pandectis. Illa bonorum possessoribus prodita tanquam iustis heredibus: tales enim habentur bonorum possessores iure prætorio. *L. 1. D. de poss. her. pet. §. quos autem, Inst. de bonor. poss.* hæc iis, quibus ex fideicommisso restituta est hereditas: qui & ipsi vice heredum habentur, translatis in eos ex S. C. Trebell. actionibus *§. restituta, Inst. de fid. her. L. 1. D. de fid. her. pet.* Ac de bonorum possessionibus, deque fideicommissariis hereditatibus, earumque acquisitione, ex qua bonorum possessores & fideicommissarii appellantur, suis locis diximus. Quo cognito, iam ipsa actio his prodita per se expedita est: ut non sit, in ea tanquam in nova aliqua actione laborandum. Utcumque enim his actio datur seiunctim a iustis heredibus: datur tamen hereditatis petitio, illa ipsa videlicet, quæ iure eivili iustis heredibus ut perinde & in 5 his eadem intelligenda sint, quæ in illa civili. Idque est, quod de his actionibus veteres dicunt, per has nos tantundem consequi, quantum superioribus civilibus actionibus consequi heres potest: &, has actiones eadem recipere, quæ hereditatis petitio civilis. *L. 2. D. de poss. her. pet. L. 2. D. de fid. her. pet.* Iam vero de illa civili satis ante dictum est.

XI. De rebus singulis non nostris, sed ad ius nostrum pertinentibus quatuor sunt in summa in rem actiones iure prætorio con-

3) Quam sane P. Greg. 46. *Synt.* 7. *n.* 5. non prætoriam sed civilem esse contendit; utilem ex sententia legis. Quia, ait, prætor non actionem dat, sed dando facultatem succedendi actionem communicat & veluti ad eos, quos facit quasi heredes, prorogat. Verum quod prætoria sit cum nostro Oldendorp. *Class.* 5. *Act.* 6. Nicol. Carbon. *Practica practicar. Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 20. Val. Guil. Forst. *Tract. Inst. P.* 2. *Disp* 3. *Th.* 1. Satisque revincitur P. Greg. ex *L.* 1. *D. h. t. de poss. her. pet. pr. l. de perpet. & temp. act.* ibi *quales sunt ea &c.* Daturque hæc omnibus bonorum possessoribus exceptis Carbonianis *L.* 3. § 13. *de Carbon. edicto* obi ratio. Cuiac. *in Par. h.* statim atque eam bonorum possessionem intra præfinita tempora agnoverunt, Oldend. *d. loc.* Etsi autem illa agnitio annalis vel 100. dierum, hæc tamen petitio, quæ non datur nisi utili iure hereditatis iam quæsito perpetua *d. pr. l. de perp. & temp. act.* Wes. *ad tit. C. de pet. her. n.* 8. Nec possessorium hoc iudicium, ita ut interdicta, sed petitorium Old. *d. Act.* 6. *p.* 858. Et nunc quoque possessoria recte vocabitur, cum lege municipali alicui defertur successio, contra tenorem iuris Romani Oldend. *ibid. & in Tabula actionum pag.* 1204. item cum ex bono & æquo ei, qui iure summo non admittitur, ut Io. Meischner. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 9. *n.* 6.

4) Quæ datur ei cui verbo tenus solum restituta hereditas, quæ restitutio idem præstat quod heredi civili aditio, Oldend *Cl.* 5. *Act.* 7. Ubi autem re ipsa restituta antea amissa possessio intentanda rei vindicatio, Old. *ibid.* Nam etsi fideicommissarius ut & bonorum possessor sint quasi (& ut vulgo utiles) domini hereditatis seu universitatis, possunt tamen esse veri (& directi) domini rerum singularum, quæ de hereditate Sarment. 3. *Select. Interpr.* 1. *n.* 29. Confer *supra Lib.* 7. *C.* 14 *N.* 4 Et hæc quoque Prætoria per *L.* 2. *h. t. & collat. singuli & L.* 1. *v. post civiles tit. praeced.* Nam etsi de restituendis fideicommissis Senatusconsulta Pegasianum & Trebellianum caverint: de actione tamen rerum persequendarum, si ab aliis detinerentur, nihil iis expressum, sed id Prætori curæ fuit, Oldend. *d. loc.* Nec placet quod Wes. *ad t C. de pet. her. n.* 11. vult hodie esse civilem post exæquationem fideicommissorum cum legatis. Neque enim illi in fideicommissis universalibus locus, vid. *supra Lib.* 8. *C.* 2. *N.* 11. De hac actione vid & Raudens. *Decis.* 28. *n.* 136. *et seq.* & Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4 *n.* 188. *&c.*

5) Quare & hæ bonæ fidei, Don. *ad §.* 28. *I. de act. n.* 38. contra quam Io. Bap. Plot. *de in lit. Iur.* §. 25. *n.* 10.

constitutæ, quot sunt res scilicet, quas ad ius nostrum pertinere, & ad id revocari æquitate suadente prætores voluerunt: Emphyteuticaria, Superficiaria, Publiciana, Serviana, seu hypothecaria. Quarum & ipsarum non minus expedita ratio est, quam superiorum; si prius constituerimus, quibus hæ actiones dentur, & qua ex caussa. Nam hoc constituto, cætera in his actionibus sunt rei vindicationis, illius ipsius, quæ supra a nobis exposita est, & quam veris dominis competere diximus. Sic ergo breviter hæc genera se habent. Emphyteuticaria in rem actio est, quæ emphyteutæ competit de agro emphyteutico seu vectigali. Quis sit emphyteuta, quod ius emphyteuticum, quis ager vectigalis seu emphyteuticus, ex iis petendum est, quæ scripsimus de iure emphyteutico. Quod huius iuris proprium est, sic emphyteuta quandiu pensionem constitutam solvit, pro domino habetur, ut ei tanquam domino detur in rem actio. *L.* 1. 2. *D. si ag. vect. vel emph. pet.* Est igitur hic cæteris partibus eadem illa in rem actio, & rei vindicatio, quæ supra a nobis est exposita. Superficiaria in rem actio est, quæ superficiario de superficie competit. Est autem superficiarius, qui in alieno solo superficiem, idest ædes, certa pensione constitutam habet: sic describitur in *L. in speciali*, 73. in fin. & *L. id est. seq. D. de rei vind.* Et hic quandiu pensio constituta solvitur, in ædibus superficiariis pro domino est. Quam ob causam & ei de superficiariis ædibus in rem actio datur a prætore. *L. pretor*. 75. *de rei vind. L.* 1. *D. de superf.* de quo iure & nos proprio Titulo supra diximus. Quidni vero dicamus & huic tanquam domino in rem actionem dari, qui etiam dominum ipsum in ædibus, ut emphyteuta in fundo, summoveat? Unde & ei dicitur actio in rem dari sub eo ipso titulo in quo de actione in rem, quæ dominis datur, agitur, id est sub titulo de rei vindicatione: nempe ut eandem istam actionem superficiario positam esse intelligamus, per quam tantundem consequatur, quantum dominus civili actione. Publiciana in rem actio sic appellata ab auctore [6] Publicio, a quo primum in edicto proposita est, competit de re bona fide possessa, quam quis ex iusta caussa bona fide accepit, & necdum usucaptam petit: quæ caussa actionis a me pluribus exposita est ad *§. namque, Inst. de act.* Huic iustæ possessioni tantum tributum est a prætore, ut qui ita possidere cœperat, dum ne agat adversus dominum rei, summoveat omnes alios possessores, adversus quos pro domino habeatur, proposita ei ad eam rem superiore actione. Quæ plane rei vindicatio est [7] eadem quæ mutata persona actoris & agendi caussa domino competeret. Inde dictum ab Ulpiano in *L.* 7. *§. in Publiciana, D. de Public. in rem actio.* in Publiciana actione eadem fore, quæ & in rei vindicatione diximus. In quo tamen si quæ dubitationes incident, quæ non paucæ occurrunt sub Titulo de Publiciana in rem actione, breviter discussas a nobis reperiet ad *d. §. namque, Inst. de act.* Serviana seu hypothecaria est, quæ creditori datur de rebus pignori hypothecæve obligatis. *§. item Serviana. Inst. eod.* Serviana dicta a Prætore, a quo proposita est: hypothecaria a re, de qua agitur. Est enim de pignore, quod creditor non possidet: quod genus proprie dicitur hypothecæ. Quid sit pignus & hypotheca, quomodo constituatur hæc creditoribus, & suo loco supra diximus, & ad *d. §. item Serviana.* Scripsimus autem ex professo in Commentario de pignoribus, ubi & de hac act one, quod satis est, disseruimus. Quod ad hunc locum pertinet, satis erit de hoc genere actionis moneri, constituto superiore iure pignoris creditori, ex quo sit illa in rem actio, hanc actionem reliquis partibus nihil aliud esse, quam rei vindicationem, eandem quæ domino competeret: adversus omnes eosdem possessores videlicet, adeoque adversus dominum ipsum, & eodem fine atque eodem exitu iudicii. Nam & hic id agitur, ut possessor rem pignori obligatam creditori restituat: ac nisi restituit, eadem adversus eam condemnatio & litis æstimatio est: usque adeo, ut adversus contumacem reum hic quoque lis æstimetur per iusiurandum in litem.

6) Qui Prætor fuit cum Marco Iunio, Cicer. *pro Cluentio* Cuiac. 19. *Pauli ad Edict. in L.* 2. *hoc tit.* Vult. *ad §.* 3. iunct. *seq. I. de act. n.* 6. Hanc definit Wes. *ad Rub. C. de R. V.* quod sit actio honoraria *L.* 1. *h. t.* petitorii iudicii *L.* 7. *§.* 2. *n.* qua petimus rem iure quasi dominii nostram a possessore restitui. Aliter Vult. *d. loc. n.* 8. Hot. *ad d. §.* 4 *in fin.*

7) Et omnia hic eadem, nisi expresse aliud statutum, Sneidvin. *ad d. §.* 4 *n.* 27. Qui & *n.* 54. *& seq.* in quibus hæ actiones conveniant, in quibus differant, exponit, & Mynf. *ibid. n.* 49. *& seqq.* add. Vult. *d. loc. n.* 9. *& seqq.* Oldend. *Class.* 3. *Act* 3. *Q.* 6. Vital. 1. *Var. Lect.* 25 *n.* 3. *&* 4. Plane & hæc petitoria est, non possessoria *L.* 7. *§.* 6. *h. t.* Maranta *Speculi P.* 4. *Dist. iudicio.* 7. *n.* 1. Et datur pro quasi dominio, quod medium locum obtinet inter possessionem, qua validius, & proprietatem, qua imbecillius est, Tavard. *ad §.* 3. *I. de act. n.* 3. Et ad instar proprietatis respicit *d. §.* 5. quia non habet instar eius prætoriæ in rem actionem, quæ nudam possessionem avocat, ut hypothecaria Coras. *in Paulo ad L.* 2. *h. t.* Ideoque & arbitraria est, Cuiac. 6. *QQ. Papin. ad L.* 14. *h. tit.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 5. *n.* 6.

tem. Sic huius actionis descriptio est in *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig* plane eadem cum illa quæ traditur in rei vindicatione, in *L. qui restituere*, *D. de rei vindic.* Ita superiorum quatuor actionum caussa propria cognita, quæ ex ea parte, quæ est de iure rerum nostrarum, intelligitur; simul sub uno exemplo rei vindicationis singularum natura, vis & potestas est exposita.

XII Neque vero plures sunt in rem actiones principales, quam superiores. Nam quod Iustinianus ad eas prætorias, quas dixi esse de rebus singulis, Iustinianus duas adiecit, unam in *§. rursus ex diverso*. alteram in *§. item si quis in fraudem*, *Inst. de act.* non sunt hæc nova genera actionum, sed superiorum generum species, ideo separatim positæ, quia erant obscuriores, nec satis ad priora genera pertinere videbantur. Quæ proponitur in *§. rursus*, rescissoria est, quæ de re nostra per caussam iniustæ alienæ usucapionis amissa competit. Sed hæc vetus est in rem actio, quæ prius domino competebat, non nova. Hic enim rescinditur primum usucapio a prætore: qua rescissa tum deinde domino sua actio restituitur; nempe illa, quam prius habuit: de qua hoc consequitur beneficio prætoris, ut iterum eam salvam & integram habeat. Sane si rescissionem & restitutionem prætoris, quæ præcedit, hic spectamus, origo huius actionis nova est, & hac de caussa actio ad prætorias pertinet. Sed si omissa ipsa actione restituta istam originem spectari placet, species ad in integrum restitutiones referenda est, ubi & collocata est in edicto perpetuo, & a nobis exponetur. Nunc de iis actionibus agimus, quæ sine in integrum restitutione competunt. Alteram ille proponit in *§. item si quis*. Quam vulgo dicunt esse Paulianam. Quæ quidem si esset, fateor longe hic diversam a cæteris actionem statui. Sed dilucide eo loco mihi probasse videor [8] Paulianam illic accipi non posse, non tantum propter conditiones a Iustiniano illic positas, quæ Paulianæ non conveniunt; sed etiam quia constat Paulianam esse in personam; cum ibi Iustinianus profiteatur se proponere actionem in rem. Ostendi autem describi illic a Iustiniano actionem in rem competentem de pignore a magistratu creditoribus constituto, quod nostri uno verbo prætorium pignus appellant. De quo est Titulus *C. de prætorio pignore*. Atqui de eo pignore, non alia est actio, quam hypothecaria, cuius supra mentionem feci. Est enim hypothecaria, cum sit de omni pignore, generis nomen: cuius species sunt, quæ de pignore conventionali, quæ de legitimo, quæ de iudiciali competit, item & quæ de prætorio. Ac cæteras species Iustinianus ad genus hypothecariæ retulit in *§. item Serviana*, *Inst. de act.* de prætorio pignore separatim egit in *d. §. item si quis*. Cur ergo hanc speciem a genere distinxit, quæ non minus recte sub genere includi poterat, quam cæteræ? Et certe non recte distinxisset, si æque constitisset etiam de pignore prætorio esse hypothecariam actionem. Nunc autem id non constabat. Quinimmo nec temporibus Iustiniani esse videbatur, si quis creditor in possessionem rei servandæ caussa missus possessione excidisset. Primus Iustinianus omni dubitatione vetere sublata hoc ius induxit, ut esset creditoribus in possessionem missis prætorii pignoris non tantum retentio, quandiu in possessione rerum essent, sed etiam possessione amissa in rem actio, eadem quæ cæteris creditoribus de reliquo omni pignore. Quæ idonea caussa fuit Iustiniano hanc speciem a genere secernendi, ut de ea ius idem, quod in cæteris pignoribus antea dubium, confirmaret. Et quid mirum, si Iustinianus hoc fecit in illo Titulo Institutionum, quem idem in Codice secutum videmus? Nam cum hypothecaria actio constituta esset generaliter creditoribus de pignore in *L. pignoris*, *C. de pig.* nihilominus postea separato titulo constituta est in rem actio de prætorio pignore sub eadem inscriptione.

CAP.

8) Quod Donellus *ad d. §. 6.* non frivolis argumentis firmare nititur. Quem sectatur Val. Guil. Forst. *Tract. Iustin. P. 2, Disp. 3. th. 6.* Occurrit ei ex parte Gifan. ad *L. 25. de O. & A. n. 29. & seqq.* & Anton. Matth. *ad d. §. 6.* Ego ne hic prolixior sim, litem hanc meam non facio. Vid. modo Iust. Meier. *Ρndex. Instit. Decade 1. Cap. 3.*

CAP. IX.

De actione ad exhibendum,

Transitio. Cur de hac actione peculiaris tractatio instituta. I.

Actionem ad exhibendum esse in rem quibus argumentis evincatur. II. III.

Contrariis occurritur, exponitur; L. 3. §. est autem D. ad exhibend. IV.

Talis actionis utilitas. V.

Hæc in alio etiam quam in præparatione consistit. X.

Actio ad exhibendum cuique competit, cuius interest rem exhiberi. Qui ille. VI.

Interest illius, qui præsentem habet actionem, quæ sine hac exerceri non potest. VII.

Actio illa ad quam hæc præparat, genere triplex. VIII.

1. *Actio in rem qualiscunque, sive suo sive alieno nomine agatur.* IX.

2. *Interdictum, sed non omne; quæ hanc actionem desiderent interdicta, & quæ minime.* XI.

3. *Actio ex maleficio servi duobus in casibus & quibus.* XII.

Interest & illius, cui exhibitio rei necessaria ut actionem aliquam obtineat. XIII.

Talis exhibendæ rei necessitas quibus in rerum generibus versetur. XIV.

Competit hæc actio soli illi cuius interest ex superioribus caussis, nec aliis. Pauli locus in L. si commissa *in pr.* D. rat. rem hab. *explicatur.* XV. XVI.

Exceptio. XVII.

Soli illi, si & eius pecuniariter intersit. XVIII.

Quo tempore oporteat illius interesse, qui hac actione velit experiri. XIX.

An ille qui agit ad exhibendum probare debeat sua interesse: quæ probatio sufficiat. XX.

Item de quibus exceptionibus hoc iudicio cognosci debeat. XXI.

Est actio ad exhibendum adversus eum qui utcunque possidet, & habet restituendi facultatem. XXII.

Non datur heredi, nec adversus heredem, qua tales. XXIII.

Competit ista de re mobili, non soli, eaque certa & designanda. XXIV.

Nisi agatur in noxali caussa; & quare. XXV.

Finis huius actionis utrinque duplex: a petitore qualis: tria de hoc investiganda. XXVI.

1. *An possessor iudicio victus rem exhibere cogatur, & quando.* XXVII.

Item quo tempore & loco. XXVIII. XXIX.

2. *Quid sit exhibere; & caussam omnem restitui oportere quid valeat.* XXX. XXXI. XXXII. XXXIII.

3. *Qualis sit adversus reum in id quod interest condemnatio.* XXXIV.

Finis a possessore prior, ut absolvatur; alter, ut indemnis ab actore præstetur. XXXV.

Indemnitas ab illo iure postulatur damnorum & impensarum nomine; quæ id genus damna & impensæ. XXXVI.

I. SEd tot sunt, inquam, actiones in rem principales, quot diximus, neque plures. Principales autem voco, quæ propter se expetuntur, non propter alias, quibus subserviant. Quod si non principales quærimus, quæ ad alias dirigantur, & ad quas viam muniant; restat etiam adhuc ex hoc genere [1] una in rem: de qua superest, ut cognoscamus. Ea est actio ad exibendum: actio non solum in rem, ut existimo, ut proinde superioribus adiungenda fuerit; sed etiam maxime propter superiores actiones in rem omnes comparata, quod constat, *L.* 1. *D. ad exhib.* ut non debuerit alio loco quam hoc extremo pertractari: expositis nimirum principalibus, & directis actionibus iis, ad quas eam referri oporteret: sic enim directæ actiones, & directa iudicia appellantur, ad quæ illa refertur. *L.* 3. *§. ibidem*, *L. si quis*, 17. *D. ad. exhib.* Nec directa alia sunt, quam quæ in ea-

dem

[1] Quæ aditum ad illas aperit, unde vulgo præparatoria dicitur, Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 1. *&* *ad L.* 1. *eod. n.* 1. Wes. *in Par. h. n* 1. Goth. *ad L.* 1. *h. t.* Gœd. *ad L.* 11. *de V. S.* Regn. Sixtin. *Cons. Marp.* 13. *n.* 3. *Vol.* 1. Cagnol. *in Rub. Cod. de edendo n.* 4. ubi & in *seqq.* cur hæc materia in D. & C. post alias actiones reales expositas tractetur plures sententias refert, ac expendit. An autem principali actioni iungi possit vid. *infra N.* 28.

dem re a nostris dicuntur principalia. Ut, actio Commodati, quæ recta commodatori competit, dicitur actio directa, & Caio directum iudicium in *L. in rebus*, §. *ult.* *D. com.* at eadem dicitur Paulo principalis in *L. in commodato*, §. 1. *D. eod.* Quia autem hæc actio longe in dissimili re atque superiores versatur, nascitur que longe ex diversis caussis & alium iudicii finem sibi propositum habet, ideo necesse est & de ea separatim dicere: uti in Pandectis & Codice factum est.

II. Sed quoniam omnis hæc tractatio nobis nascitur hoc loco ex eo, quod eam actionem putamus in rem esse, quod plerisque videri potest ...: de eo mihi initio paucis constituendum videtur, non tantum ordinis a me instituti tuendi caussa, sed etiam maxime quia ad materiam & usum actionis cognoscendum in primis pertinet. Non enim ad actionem recte instituendam parum refert, utrum ea in rem sit, an in personam. Idque eo magis faciendum est, quod Ulpianus pene conceptis verbis videtur refragari, qui in *L.* 3. §. *est autem*, *D. eod.* scribit personalem esse hanc actionem. Non est autem ignotum sæpe in constitutionibus personalem actionem nominari, quæ sit in personam, quæque actioni in rem opponatur, ut *L. distractis*, *C. de pig. L. ult.* *C. de obl. & act.* & nonnullis aliis locis. Ego autem sic satis ostendi ad §. 1. *Inst. de act.* hanc actionem in rem esse: quod nunc, quia locus postulat, planius faciam. Sint ergo huius sententiæ argumenta hæc 2 duo non dubia. Unum ex eo, quod actionis in rem proprium est, & ita proprium, ut in aliam actionem non cadat. Id autem est, ut sit hæc actio semper adversus 3 possessorem; *L. actionum*, *D. de obl. & act.* id est ita comparata, ut sit adversus aliquem, si possidet, aut quod idem valet, desierit dolo possidere: sin neque possidet, neque dolo possidere desiit, cesset adversus eum hæc actio. *L. qui petitorio*, *D. de rei vind.* Qua ratione etiam dicta est in rem, quia scilicet sequitur rem, & propter rem eius rei possessorem. *L.* 2. *C. si unus ex plu. her. cred.* Iam vero sic est actio ad exhibendum, ut sit & hæc adversus rei possessorem, ac si quis non possidet, nec habetur pro possessore, non teneatur hac actione. *L.* 3. §. *ult.* *D. ad exhi.* De quo mox suo loco. Non dubium igitur ex definitione in rem actionis, quin & actio ad exhibendum sit in rem actio.

III. Alterum argumentum ex alterius generis remotione ducitur: estque eiusmodi, ut nihil adferri possit certius. Id tale est. Cum actionum duo genera tantum sint, in rem, & in personam: §. 1. *Inst. de act.* necesse est, si actio ad exhibendum in personam non est, in rem esse intelligi. Quidvis autem de ea actione dici potest potius, quam eam esse in personam. Est igitur in rem actio. In personam non esse tria liquido evincunt, singula ita propria actionis in personam, ut in qua actione desit unum, ea in personam esse non possit: multo minus, si in una aliqua desint omnia: qualis est ad exhibendum. Tria autem illa sunt, origo & caussa actionis in personam; perseverantia; ad heredes transmissio. Origo & caussa in personam actionis hæc est, ut sit actio ex obligatione. Proinde ex illis quatuor caussis, ex quibus facto aliquo oritur obligatio; contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. §. 1. *Instit. de act.* Quod eam vim habet, ut cum quo nullus contractus, aut quasi contractus intercedat, qui idem nec deliquerit quid, nec quasi deliquerit; non possit adversus eum ex persona sua esse ulla in personam actio. Atqui actio ad exhibendum nullam ex his caussam habet: datur enim adversus eum qui possidet, hoc ipso quod possidet, qui in eo 4 neque contraxit, neque quasi contraxit quid-

2) Eodem modo noster ad §. 1. *I. de act.* n. 14. Cui fere consentit Bodin. *in Distrib. iur. pag.* 41. qui realem actionem triplicem facit Præparatoriam, possessoriam & petitoriam. Priorique speciei hanc, & tres alias, subiicit, actionem realem sic definiens, quæ in rem vel rei caussa infertur. Verum in alia omnia alii omnes abeunt. Quos sequi tutius est, quod nempe vere hæc personalis sit, substantia vi & effectu, etsi scriptura in rem concepta, & ita personalis in rem scripta, Cuiac. 9. *Observ.* 7. *ad* §. 1. *I. de act.* & *in Paulo ad L.* 12. §. *ultim. h. tit.* Connſ. 1. *Misc.* 12. n. 10. Duaren. *de in lit. Iur.* n. 10. & *in Comm. poster. eod. tit. Cap.* 3 Sich. *ad Rub. Cod. hoc tit. num.* 3. Mynsin. *in* §. *præterea* 31. *I. de act* n. 46. & 48. Vult. *ibid.* n. 18. Oldend *Cl.* 3. *Act* 1. Q. 2. Bellon 2. *Supput.* 4. n. 3. & 4. *Supput.* 8. n. 2. Wesen. *Par. hoc tit.* n. 2. P. Frider. *Lib.* 2 *de Mand. iud Cap* 50 n. 4. Io Mauric. *de Restit. in int. Cap.* 21. n. 4. Gisan *ad L.* 25. *de O. & A.* n. 20. & *seqq.* Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. n. 3. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. ubi a iudice laico contra clericum hanc exerceri, quia in rem scripta sit, tradit. Ac sane non petitur hac actione rem nostram, vel ius nostrum nobis restitui, sed actor intendit facere reum oportere, nimirum exhibere, & ni faciat, id quod interest rem exhibitam esse, præstari, Wes. *d. n.* 2. Nec quæritur hic de dominio aut iure nostro, cum & aliis quam in rem actionibus viam muniat, Gisan. *d. loc.* n. 2. Ad obiectionem nostri resp. ut sequitur *N.* 3. & 4. & *seqq.*

3) Resp. Gisan. *ad d. L.* 25. n. 25. illa duo ut contra possidentem detur, possidenti non detur, ita propria actionum in rem, ut cum aliis quandoque actionibus communicetur add. *supra Lib.* 20. *Cap.* 3 *N.* 2.

4) Quid ad hoc? Quidam teste Olden. *Cl.* 3. *Act.* 1. Q. 2. nullum hic esse factum obligatorium fatentur, ideoque hanc actionem irregularem vocant. Quomodo & Hot. *in* §. 1. *I. de act. Enum.* 6. esse hanc in personam nec tamen ex obligatione. Alii ex quasi contractu eam oriri, Sich.

quidquam cum petitore, multoque minus bona fide possidendo quidquam in eo deliquit, aut quasi deliquit. Quare non potest hæc actio esse in personam. Iam perseverantia actionis in personam eiusmodi est, ut qui semel hac actione teneri cœpit, is nullo suo facto possit liberari, nisi solutione, quantumvis rem debitam sine dolo malo possidere desierit. *L. quod te, D. si cer. pet. L. si ex legati. L. si servum. §. videamus, D. de verb. obli.* Contraria porro caussa est ad exhibendum actionis. Si quis enim rem aliquam possidet, is propter possessionem incipit domino teneri actione in rem, ac propter vindicationem actione ad exhibendum. *L. 1. L. 3. §. est autem, D. ad exhib.* Idem tamen si sine dolo malo desinat possidere ante litem contestatam, post autem si etiam desinat sine sua culpa possidere, amplius 5 non tenetur. *L. tigni 7. §. 2. L. Iulianus. 9.* in pr. *D. eod.* Non ergo fuit actio ad exhibendum, qua prius tenebatur, in personam actio. Restat actionis in personam transmissio: res iure ita huius generis propria, ut omnes in personam actiones dentur heredibus; quod si etiam rei persecutionem continebunt, omnes pariter dentur in heredes. *§. 1. Instit. de perp. & temp. act. L. si pro, §. ult. D. de cond. furt.* At actio ad exhibendum, cum maxime rei persecutionem contineat, utpote rem persequens, quæ nobis ex patrimonio abest; *L. in honorariis, D. de obl. & act.* tamen neque heredi tanquam heredi, neque adversus heredem possessoris tanquam heredem datur: sed & illi suo nomine, & adversus hunc ita demum si ipse possideat. *L. de eo, 12. §. ult. D. ad exh.* Quapropter & hæc certa nota est hanc actionem non esse in personam. Quo posito restat, ut sit in rem, de quo quærebatur. Nisi quis forte inde deiectus, ut audeat iam in personam esse dicere, eo delabatur, ut dicat esse mistam tam in rem, quam in personam. Sed ut quis concedat aliquas huiusmodi esse mistas: quod non ita esse docuimus ad *§. 1. Inst. de act.* tamen si actio ad exhibendum, nihil habet actionis in personam, ut nihil habere eam modo ostendimus: ea profecto 6 mista ex hoc genere dici non potest. Ut solum hoc relinquatur, esse mere in rem actionem.

IV. Quid est igitur, quod Ulpianus in *d. L. 3. §. est autem eod.* tam diserte scribit personalem esse hanc actionem? Significat id, quod de persona actoris, & possessoris in hac actione modo diximus; quisquis est, cui propter actionem quam habet, datur actio ad exhibendum; quisquis possessor, adversus quem popter possessionem hæc eadem actio competit: in utroque actionem personæ cohærere, & persona sublata finiri, ut neque heredi detur, neque in heredes. Quod iam proprium est non actionis in personam, sed eius quæ in rem est. Sed quoniam personalis actionis verbum aliter quibusdam in locis usurpatur, & significat actionem in personam; superior interpretatio probatione indiget. Quæ sane longe petenda non est. Nam ut personalis actio interdum dicitur, quæ est in personam: ita constat etiam in usu iuris 7 personale dici omne, quod personæ cohæret, & cum persona exstinguitur: quomodo servitus personalis dicitur in *L. non solum, 8. §. tale, D. de lib. leg.* & beneficium personale in *L. quia, D. sol. matr.* Ita viden-

Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 3. Wes. *Par. h. t. n.* 2. Forst. *Tractat. iustit. P.* 2. *Disp.* 6. *Th.* 6. Alii ex quasi delicto ac contumacia non restituentis, Coras. 1. *Misc.* 22. *n.* 10. Gifan. *ad L.* 25. *de O. & A. n.* 20. quod dolose facere videatur, qui admonitus exhibere renuit. Sed etsi qui hanc exhibitionem negat, suspicionem fraudis præbeat, quod in animo habeat rem celare aut transformare ut iudicium petitorum eludat, belle Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *intentione actoris n.* 6. hæc tamen contumacia, fraus & suspicio, actione nata, non ordine naturæ modo, sed & tempore posterior, proinde caussa statui nequit. Nam etsi fraudem inde æstimari velis, quod denunciatione conventus non ultro exhibuit, actio tamen iure habetur, etiam antequam ad iudicem eatur, & quid si recta ad iudicem actor ire velit. Verius ergo Oldend. *d. Act. Q.* 2. obligationem hic ex æquitate summa procedere, ut quod mihi prodesse potest, nec tibi nocere ullo modo, præstes *L.* 2. *§.* 5. *in fin. de aq. pl. arc.* Exhibet enim rem conventus sine ullo detrimento suo, cum si agentis non sit, nihil ipsi noceat, & Mynf. *in §.* 31. *I. de act. n.* 47. Wes. *d. n.* 2. Frider. *Lib.* 3. *mand. iud. Cap.* 50. *n.* 11. Hinc æquitas exhibitionis *L.* 3. *§ pen. D. L.* 7. *C. h. t.* Quandoque & ex necessitate, ubi alias actio intendi plane non posset ut *infra n.* 14. Hucque refert Oldend. quod in *L.* 52. *§.* 7. *de O. & A.* ex necessitate nos obligari. Et ita puto. Ex stricti iuris regulis nulla nec realis, nec personalis ad hoc actio. Sed eas insuper haberi æquitas non naturalis modo *d. L.* 2. *§.* 5. (quæ & ipsa sæpe, vel quæ inde est obligatio, lege assistente ad actionem efficax, vid. *supra Lib.* 12 *Cap.* 2. *N.* 15. & C. 4. *N.* 1.) efficit, sed & civilis ac publica utilitas *L.* 1. *h. t.* ut quisque expeditiori via suum consequi possit, nec fraude occultantis aut rem transmutantis, vel per rerum accidentem qualitatem iure suo privetur. Oldend. *d. Act.* 1. *pr.* Quid quod ipse noster, ut apparet ex *Lib.* 12. *C.* 4. & 5 partitionem illam caussarum obligationis pro perfecta non agnoscit. Denique si ita quis scrupulose metiri rem velit plerasque actiones in factum utilesque in personam subverti deprehendet.

5) Resp. Liberatur, quia æquitas exhibitionis caussa huius obligationis tunc deficit. Quod & interdictis pluribus commune est, uti & id quod sequitur.

6) Quam quidam vulgo statuunt & Wes. *d. n.* 2. eodem errore quo alias in rem scriptas, vid. *supra Lib.* 19. *C.* 3. *N.* 1. *sub f.*

7) Ita & noster *ad §.* 1. *I. de act. n.* 14. Hoc refellit Gifan. *ad d. L.* 25. *n.* 28. quia eo modo rei vindicatio quoque recte diceretur personalis, quia nec heredi, nec in heredem, unde confusio rerum ac verborum. Et immo *d. L.* 4. *C.* loquitur de actione in personam, sed quæ unum effectum habet actionis in rem, quod nec heredi nec contra heredem datur. Enimvero sui ipsi immemor est hic noster, qui *d. L.* 7. de in personam actione accepit *supra L.* 14. *C.* 29. & *seqq.*

dendum est in verbo ambiguo, utram ex his significationem sequamur. Priorem, si liceret, acciperemus in superiore dicto Ulpiani, ut intelligeremus actionem ad exhibendum esse actionem in personam, non in rem. Verum hoc per ius non licet. Est enim sententia omnibus modis falsa, ut superiora ostendunt. Relinquitur igitur significatio posterior, quam hic amplectamur ex perpetua regula interpretationis, quæ dictat, in ambigua voce legis eam significationem accipiendam esse, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de legib.*

V. Constituto genere actionis, deinceps qualis sit, videbimus: si tamen prius attigerimus aliquid de actionis usu: idque ideo quia is nullus, aut perexiguus videri potest; quod si esset re vera, non esset in reliquis partibus huius actionis magnopere laborandum. Scribit quidem Ulpianus in *L. 1. D. eod.* hanc actionem per quam necessariam esse, & vim eius in usu esse quotidiano. Sed titulus ipse refragari videtur. Actio est ad exhibendum. Est autem exhibere, rei in publico videndæ & tractandæ potestatem facere: rem totam conspectui subiicere. *L. 3. §. ait*, *D. de lib. exh. L. 3. §. quod si. D. de tab. exh.* Et quid prodest domino rei rem suam conspicere, ubi eam non auferat? denique quam habet utilitatem hic conspectus, quem ex hac actione quærimus? Et fatendum est nullam habere, siquidem in conspectu rei exhibitæ consisteretur. Sed meminisse oportet eius quod initio posuimus, actionem ad exhibendum per se solam nulli propositam esse, sed ei qui aliquam actionem suam exercere velit de re aliqua obtinenda, propter quam illum conspectum & exhibitionem rei desideret, sine quo actionem illam suam [8] exercere non possit, aut non possit utiliter, ut præter ea, quæ de caussa huius actionis dicentur, indicat *L. 3. §. si mecum* in fin. & maxime *L. Iulianus 9. §. quantum. D. ad exh.* In quo manifesta utilitas huius actionis perspicitur. Ideo dicitur hæc actio propter alias quidem actiones aliquot inducta esse, sed maxime propter vindicationes. *L. 1. L. 3. §. est autem*, *D. ad exhi.* Nempe ut intelligamus, quod initio dixi, actionem ad exhibendum præcursionem quamdam esse, quæ aliis actionibus principalibus subserviat, ad eas referatur aut fundandas, aut utiliter exercendas. Hæc utilitas cum actionem hanc tribuat ei qui agit, quænam ea sit, tum plane intelligetur, cum dixerimus, cui ea actio competat. Iam ergo, quod erat propositum, qualis sit, quidve contineat hæc actio videamus, quod in iisdem illis quatuor positum est, quæ in omni actione recte instituenda quærimus. Cui competat; Adversus quem; Qua de re; Cuius rei gratia, quemque in eo fine exitum iudicii habeat.

VI. Competit ad exhibendum actio longe diversis ex caussis, quam superiores omnes in rem actiones illam superiores singulæ suas proprias & distinctas habent, neque una & eadem ex diversis caussis nascitur, ut ex unoquoque genere intellectum est. Actionis autem ad exhibendum multæ & variæ caussæ sunt. *L. 3. §. 1. D. eod.* Una tamen summa, quæ speciales istas omnes complectitur, ut competat ad exhibendum actio omni, cuius quacunque de caussa interest rem exhiberi, sitque hæc huius actionis actori caussa, si quid eius interest ita fieri: sic de caussa huius actionis traditur in *L. 3. §. sciendum*, *L. si liber*, *13. L. penul. D. eod.* Sed hoc, cuius intersit rem exhiberi, & quatenus intersit, obscurius est, & plerisque in caussis fallax: ideo eget explicatione. Quam ad rem adhibebimus definitionem Neratii velut superioris interpretem, quæ refertur in eadem *L. 3. §. si mecum*, in fin. & tanquam quæ hic eleganter rem explicet, commendatur ab Ulpiano, ut intelligamus, eius interesse rem exhiberi, quamobrem & actionem habeat ad exhibendum, qui iustam & probabilem [9] caussam habet actionis alicuius, propter quam exhiberi sibi desideret.

VII. Qui iustam istam caussam actionis habeant, propter quam sibi desiderent exhiberi, eorum duo genera sunt: ac proinde totidem eorum, quibus competat hæc actio. Unum genus est eorum, qui præsentem aliquam actionem habent, quæ nisi re de qua agitur initio exhibita, recte aut utiliter exerceri non potest; ut ad eam utiliter exercendam exhibitio sit necessaria.

VIII. Huiusmodi actiones, quas quidem in hoc numero a iuris auctoribus habitas sub hoc titulo legimus, genere tres esse ani-

8) Hoc enim modo cognoscit actor rem suam esse per signa & argumenta, ut deinde in vindicatione exactius probare possit, Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 1* Licet enim interrogatione explorari queat, an reus possideat *supra C. 3. n. 10.* non ideo hæc inutilis. Nam etsi dicat adversarius se possidere vestem nigri coloris, certus tamen non eris vestem tuam esse, nisi inspexeris. Old. *Cl. 3. Act. 1. in Practica p. 292.*

9) Qui in iusta vel probabili dominii aut alterius iuris asserti vel prætensi caussa fundatus est, P. Frider. *Lib. 2. de Mand. iud. C. 50. n. 4.* Et dum principia ac fundamenta huius actionis (1) in actore ut eius intersit (2) in reo ut possideat, Sich. *ad L. 3. C. h. t. n. 1.*

animadverto; actionem in rem, interdictum, actionem ex maleficio servorum.

IX. Actio in rem de re aliqua ei, qui eam habet, ea actione acturo simul tribuit ad exhibendum actionem. Nec interest, quæ sit in rem actio, utrum rei vindicatio, quæ domino competit, an [10] confessoria, quæ competit de re fructuaria, an Publiciana de re bona fide possessa, an hypothecaria de re pignori obligata. Quisquis unam aliquam harum habet, ea acturo competit ad exhibendum. *L.* 3. *§. est autem*, *D. ad exhi.* ut bene scriptum fit in *L.* 1. *eod.* hanc actionem maxime inductam esse non propter unam aliquam vindicationem, sed propter vindicationes; quo verbo omnes in rem actiones continentur. Atqui hinc necesse est evenire illud, quod traditur in *eod. L.* 5. *§. Pomponius.* ut si plures sint, quorum singuli unam aliquam actionem ex superioribus habeant, unus unam, alius aliam, etiam plures eiusdem rei nomine eodem tempore adversus eumdem ad exhibendum agere possint; veluti, si primus sit dominus rei, secundus usumfructum suum esse dicat, tertius possessionem suam esse contendat, de qua acturus sit Publiciana, quartus pigneratam sibi rem affirmet. Adeo autem qui actionem aliquam in rem habet, ad exhibendum agere potest, ut hic nihil intersit, suo nomine quis eam habeat, an alieno propter eandem utilitatem. Itaque ad rem mobilem petendam datus procurator, ut nihil additum sit amplius, tamen ad exhibendum recte aget. *L. ad rem*, *D. de proc.* quasi & hoc cum actione in rem coniunctum sit, scilicet utpote sine quo utiliter in rem agi non potuerit. Quod si in vero procuratore, qui mandato domini agit, recipimus, etiam in eo, qui pro libertate alterius nomine agat, recipiendum fuit: quoniam pro libertate agere licet alieno nomine etiam sine mandato. *Instit. de his per quos ag. poss.* Quod & placuit; idque est, quod Paulus scribit in *L. de eo*, 12. in prin. *D. ad exh.* his verbis: *de eo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse posse.*

X. Enimvero cum dicamus, eum qui istas actiones habeat, non simpliciter ad exhibendum agere posse, sed ideo, quia ad futuram actionem, qua acturus sit, utile ei sit rem prius exhiberi: cumque adeo definitio summa de hac actione ita sit; ut nulli competat, nisi cuius rem exhiberi interest, ut supra posuimus: non abs re hic subsistitur, quæriturque, cui propter præsentem aliquam ex his, & iam ante quæsitam actionem liceat agere ad exhibendum, dum hoc dubitatur, quæ hic utilitas actori esse possit huius exhibitionis. Non enim prima fronte hæc utilitas occurrit; sine qua tamen huic actioni non est locus. Quid enim dicemus? an in rem acturus aget ad exhibendum, ut in rem actionem habeat re exhibita? At eam actionem iam habet. An potius ad exhibendum aget, ut re exhibita cognita scire possit, quænam ea sit, quo possit postea in rem acturus rem designare: sine qua designatione in rem agi non potest? *L. si in rem*, 6. *D. de rei vindic.* At is qui hac actione agit, prius omnia nosse debet, & dicere argumenta eius rei de qua agitur, ut est in *L.* 3. in princ. *D. eod.* Quid ergo est? Et fatendum est in iis, qui propter actionem in rem, quam iam partem habent, ad exhibendum agunt, non hoc efficere exhibitionem, ut re exhibita actionem habeant, aut rem [11] designare possint, cuius designationem certam etiam ad actionem ipsam ad exhibendum adferre debent. Sed non circumscribitur his rebus exhibitionis utilitas. Etiam in specie certa, cuius corpus suo nomine & loco designare possumus, exhibitio duo hæc præstat; ut norimus, res de qua agitur, cum oculis subiecta fuerit, qualis sit, & quanta. Quorum prius habet hoc commodum, ut si res ab initio exhibitionis cognita sit esse integra, non possit postea deterior fieri, quia ex aspectu priore vitium sequens deprehendatur, quod possessor cogatur præstare. Ubi si exhibitionem rei sustuleris, facile inter moras iudicii poterit res fieri deterior, ut non agnoscatur vitium secutum: qua ex re etiam fiat, ut possessor talem rem præstando liberetur, eoque nec consequatur in rem actio, quod petiit, rem videlicet integram. Posterius quantitate rei inspecta hoc adfert, ne quid de numero aut cumulo rei rerumve petitarum postea impune detrahatur: quod tamen contra facile factum est, si omissa initio rei exhibitione, quid tum fuerit in re, latuerit. Quæ utilitas in his rebus nostris mani-

10) Non tamen vindicatio servitutis, eo quod solum in prædiis consistat, Cuiac. *in Paulo ad L.* 10. *h. t.* vid. *infra n.* 24.

11) Non id quæritur hic, ut adversarius me instruat de re mea, sed ut certus sim illam rem, quam is habet, non occultari, vel immutari, Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 7. Quare signa rei ac indicia proferenda, modo eas qualitates cognitas habere possit *L.* 3. *§.* 7. *h. t.* Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 7. Et quia quandoque rei qualitas indicia non recipit, quæ sufficientia sint iudicis arbitratu est, ut Myns. *in §.* 31. *I. de act. n.* 57.

manifesta est; rutis cæsis, fimo quem in alieno congestum habemus; in nave nostra, quam vis fluminis aut tempestas maris in alienum agrum detulit; in eo, quod de ruina ædium nostrarum in alienam aream, in glande nostra, quæ in alienum agrum decidit, quæ ideo species hic proponuntur a nostris, ut sint ei utilitati exhibitionis, quam dicimus, exemplo; ac propter hanc intelligatur, actionem in rem in his maxime admittere actionem ad exhibendum. Id autem in his sic accidit. Ruta cæsa quæ sunt in ædibus venditis, quo verbo continentur omnia, quæ ædificio aut solo non cohærent, ea sunt venditoris, nec sequuntur emptorem. Venditor ergo ea tanquam sua recte vindicat: vindicaturus recte prius ad exhibendum aget. Cui bono hæc exhibitio ante, quam res recta vindicetur? Utilitas hæc est, quod nisi initio constiterit, quantum sit in illis rutis cæsis tunc, cum ea vindicari incipient, multa de iis inter moras iudicii petitorii subduci poterunt ab emptore, ut tandem victus restituat minimam partem eorum, quæ initio iudicii fuerunt, quia dicat nihil amplius fuisse, & dominus de numero & qualitate omnium non possit probare. Adversus hoc periculum præmunimur actione ad exhibendum. Re enim per hanc actionem exhibita, conspectus declarabit, quantum fuerit in bis rutis cæsis ab initio: quo fiet, ne quid postea de his subduci possit impune. Idem in fimo nostro, aut alio quovis acervo qui sit in alieno, licet intelligere. Idem est in nave nostra, quæ tempestate in alienum delata est. Nam si vindicatur, nec exhibetur ab initio, potest possessor directo iudicio victus multa de ea mentiri, navem fractam fuisse, tabulas aut navis partes non alias fuisse, quam quas nunc restituit, cum aut fuerit integra, aut alia multo plura habuerit, quæ detracta subductave sunt a possessore. Exhibitio autem initio constituta hoc periculum amovebit, id præstans videlicet, ut sciatur, qualis & quanta navis fuerit, cum petitur, ne quid postea de ea detrahatur; quod possessorem non teneat. Quod & in iis, quæ ex ruina in alienam aream deciderunt, & in glande legenda intelligendum est. Et de unoquoque horum responsa exstant in *L. Celsus*, 5. §. 2. 3. 4. *L. Iulianus*, 9. §. 1. *ad exhib.*

XI. Interdictum idem hic præstat, quod in rem actio, ut si quis interdictum habeat de re aliqua, eo usurus si rem exhiberi desideret, audiatur. *L.* 3. §. *est autem*, §. *si mecum*, *eod.* Quod de iis interdictis intelligendum est, ad quæ exsequenda æque ut in vindicationibus necessaria est rei, de qua agitur, exhibitio, ne res scilicet initio non exhibita aut postea fiat deterior, aut minuatur impune: ut fit in iis interdictis, quæ similiter ut in rem actio, de possessione [12] restituenda competunt: qualia sunt, Quod legatorum, Unde vi de rebus mobilibus, quæ sunt in prædio per vim occupato, De precario, De glande legenda, cui postremo hæc actio tribuitur in *L. Iulianus*, 9. §. 1. *eod.* Non sunt in hoc numero interdicta, quæ de rebus exhibendis competunt, cuius generis sunt hæc, De libero homine exhibendo, De liberis exhibendis ducendisve, De tabulis exhibendis. Et priora quidem duo, quæ de libero homine competunt, ita

12) Gœd. ad *L.* 22. *de V. S.* n. 8. ad restitutoria & prohibitoria interdicta pertinere *d.* §. 5. scribit. Male Cuiac. 5. *Obs.* 23. hoc ius ad interdictum Utrobi coarctat, quia hæc actio datur ei, qui possessionem suam esse contendat *d. L.* 3 §. 12. Id autem non affirmari, ait, nisi in Uti possidetis, (in quo, quia est rerum soli exhibitioni nullus sit locus) & Utrobi. Somnianti hic ipse similior, quam quem redarguit interpres, qui Precario *d.* §. 5. accommodat Accurs. *ibid.* ut & Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. Q. 4 Nam plurifariam errat Cuiacius in materia ac forma argumenti (1) quod illa verba *d.* §. 12. *possessionem suam &c.* de Utrobi exponit: de Publiciana debuerat, ut hic nuper *supra n* 9. (2) quod id interdictum vindicationis speciem facit *d. C.* 23 & vindicationem possessionis vocat in *Paulo ad L.* 10 *h. t.* cum interdicta a vindicationibus toto genere sint alia. (3 Non perspicit si omnino interdicto possessio recte vindicari diceretur, id non minus interdictis recuperandæ possessionis convenire. Neque enim qui Unde vi experitur minus possessionem ad se pertinere contendit, quam qui *Uti possidetis*, aut *Utrobi*, etsi eam non teneat. (4) Posito, illa verba *possessionem suam &c.* convenire hic interdicto *Utrobi* & quidem soli (quod utrumque falsum est) ast hoc vitiosum verbum generale *interdicturus d.* § 5. *d.* §. 11. exemplo speciali restringi. Per speciem enim derogatur generi, cum diversum de ea disponitur, nunquam autem species restringit genus, cum quod generaliter cautum est, in speciebus & per exempla denuo inculcatur. Præsertim cum nec *d.* §. 12. tam dispositionem, quam declarationem iuris per casus fictionem contineat. Apertaque *δευλογία*. Qui possessionem suam affirmat ad exhibendum recte agit. Interdicturus alio quam Utrobi interdicto possessionem suam esse non affirmat. Ergo ad exhibendum recte non agit. (5) Non enim animadvertit alterius interdicti exemplum *L.* 9. §. 1. *h. t.* 6. Postremus & præcipuus error quod adversus iuria rationem reliquis interdictis de rebus mobilibus actoris denegat hanc actionem, quibus concedenda, ubi par utilitatis vel necessitatis caussa æque exhibitionem exposcit, rationesque eædem vigent, quæ in vindicaturis; ut re exhibita videat interdicturus, ea ne sit quam petit, neve eius occultatione, aut mutatione in aliam speciem possessionis adipiscendæ vel recipiendæ iure privetur, ut expeditior sit probatio, atque qualis & quanta sit norit &c. Contra ei soli interdictu Cuiacius actionem hanc tribuit, cui minus quam reliquis convenit. Qui enim se possidere intendit, sequa in eo inquietari conqueritur (ut Utrobi.) Qui, quæso, petere potest ea ut res in publicum producatur, eiusque præsentia præstetor. Nisi dicas tunc posse, quando civiliter solum possidet. Atqui vix est, ut tunc Utrobi interdictum detur, & si omnino datur ut coniunctum habeat interdictum recuperandæ aliquod oportet, per ea quæ Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. n. 21. *& seqq.* & denique ita non uni modo interdicto, sed & in unico eiusdem, eoque rariori casu actio ad exhibendum inserviet, vel præparabit, LL. & iuris ratione invitis.

ita quis habet, ut constet eum, qui ea habet, non ideo prius de eodem homine ad exhibendum agere posse: propria ratione, quæ redditur in *L. si liber*, 13. *D. eod.* quia actio ad exhibendum ei competat, cuius pecuniariter interest; nihil autem cuiusquam interesse possit liberum hominem exhiberi ad hoc solum, ne ab alio detineatur. Et recte. Est enim interdictum prius comparatum tuendæ alienæ libertatis caussa, *L.* 1. *D. de lib. ho. exh.* posterius & libertatis liberorum, & potestatis parentum tuendæ gratia. Ut autem libertas, sic potestas inæstimabilis res est. *L. libertas, D. de reg. iur.* Sed nihilominus & ei qui interdictum de tabulis exhibendis habeat, si eo acturus sit, inutilis est ad exhibendum actio. Etsi enim una ratio communis, quæ illa omnia complectitur, & ab his actionem ad exibendum de eadem re removet, quod non competit actio ad exhibendum, nisi alterius actionis exsequendæ caussa, propter quam exhiberi velimus *L. Iulianus*, 9. *§. quantum*, *D. ad exhib.* Porro plusquam ridiculum est, [13] dicere ad exhibendum agi de tabulis testamenti, ut per hanc actionem semel exhibitæ adhuc interdicto de tabulis exhibendis exhibeantur.

XII. Actio quoque ex maleficio servorum, ei cui nocitum est, eo nomine agenti actionem ad exhibendum inducit; sed hoc duobus tantum casibus, idque pro genere casus varie. Uno, si quis noxali actione experiri velit, sed eum qui nocuit, nec nomine appellare possit, nec aliis rebus satis designare, ut pote antea sibi ignotum. Tum enim placuit noxali acturum desiderare posse a domino, cum quo agitur, ut familiam totam servorum exhibeat, ut omnibus exhibitis possit actor agnoscere noxium servum, & dicere hunc esse, qui nocuerit, & cuius nomine nunc actionem instituat. *L.* 3. *§. si quis noxali, D. eod.* Eadem ignorantia rei de qua ad exhibendum agitur, non fertur in actore in cæteris caussis, sed ab eo exigitur, ut rem norit, omniaque rei argumenta eius dicere. *d. L.* 3. in princip. Cur ergo in hac specie [14] contra? Duabus de caussis; primum quidem quod ignorantia actoris, qui cum noxio nihil contraxit, auxilio digna est: sed maxime, quod de maleficio hic agitur. Non convenit autem maleficia esse impunita. *L. ita vulneratus*, circa fin. *D. ad leg. Aquil.* Præsertim si id accidat propter ignorantiam actoris; quam aut illi in damno nocere, aut delinquenti ad impunitatem prodesse nimis iniuriosum est. Alter casus est, cum de maleficio plurium criminaliter agitur. Hic enim concessum est actori, si unum novit ex noxiis, de eo ad exhibendum agere, non ut exhibitus subiiciatur oculis, qui iam satis notus est, sed ut de eo habeatur quæstio, quo indicet conscios suos: de qua specie est in [15] *L.* 2. *C. ad exhibendum*, *L. ult. D. eod.* Ac de priore genere eorum, qui iustam caussam habent actionis, propter quam exhiberi sibi desiderent, dictum est.

XIII. Alterum est eorum, qui in rem actionem præsentem adhuc nullam habent; sed habent certo iure speratam, idest eam, quam re exhibita certo habituri sunt, aut statim, & sine ulla mora, aut postea si velint. In quo genere manifesta est utilitas exhibitionis, quæ agenti ultro actionem in rem tribuit. Immo vero in hoc genere exhibitio ad aliam actionem exercendam non tam utilis est, quam [16] necessaria; cum in eo id accidat, ut nisi exhibitione præcedente non sit in rem actio.

XIV. Huic generi caussæ ad exhibendum actionis in duobus generibus rerum locus est. Primum in rebus nostris, quæ alienis iunctæ cedunt iis per prævalentiam: veluti, si gemma inclusa sit auro alieno, sigil-

13) Recte. Si ipso interdicto & exhibitionem & possessionis avocationem consequi datur, ad quid præparatorii? Goed. ad *L.* 22. *de V. S. n.* 8. obi non obstare *L.* 3. § 5. *de tab. exhib.* ostendit.

14) Ita tamen ut ad caussas similes iure protrahatur, vid. Sich. ut *supra N.* 11.

15) Quam L. 2. de actione sane civili accipit Accurs. & Sich. *ibid. n.* 1. quando scilicet ad sarciendum damnum cum domino experiri vult actor, quia si criminaliter ad pœnam servi agitur, pecuniariter non interest. Ergo per *L.* 13. *h. t.* Quod recte retellit Cuiac. 20. *Obs.* 10. tum quia diserte dicitur reus criminis postulatus *d. L.* 2. Ergo iunct. *L.* 2. *C. de accus.* tum arg. *L.* 17. *C. de accus. L.* 2. *de custod. reor.* Denique iusta hic & probabilis caussa exhibitionis, ut servus præsens accusetur, cum testibus componatur, condemnetur, add *not. infra N* 19. Cæterum alius quoque in personam actio hæc viam munit, Wes. *Par. h. t. n.* 3. hoc probans per §. 28. § 26. *I. de R. D.* Et Frid. 2. *de Mand. ind.* 90. *n.* 8. dari hanc condicturo chirographum *L. ult. C. h.* vel pignus *L.* 27. *de pig. act.* rem furtivam *d. §.* 26. iunct. *L.* 6. *h. t.* Supine vero addit idem *condicturo*, Serviana vel quasi aut Hypothecaria. Hæ enim condictiones non sunt. Quin & propter contractus dari, si de qualitate rei dubium iacidat, vult Myns. *in* §. 31. *I. de act. n.* 44 *per L.* 4 *h. t.* Quæ etsi accipiatur vulgo de eo qui rem depositam, commodatamve post vindicaturus, nil tamen obstat ne generalius exaudiatur. Quo minus enim æquum est ei qui ante 10. forte annos vestem ex gr. preciosam apud patrem tuum deposuit, cui tu postea successisti, exhibere prius te compelli, ut certus sit eam ipsam vestem adesse, quam condicturus est. Cavendam vero a Cuiacio qui 9. *Obs.* 7. ad vindicationem, Utrobi, optationem & noxale iudicium hanc præparatoriam actionem coangustat. Et gravius errando 5. *Obs.* 23. ad actionem in rem & Utrobi solas.

16) Myns. *in* §. 31. *I. de act. n.* 55. ubi alias fraude rei vel ex rerum accidente qualitate quis iure suo plane privaretur, Old. *Cl.* 3. *Act.* 5. *pr.*

ſigillum candelabro, ſi tabula iuncta alieno armario, vel navi, anſa ſcypho, brachium ſtatuæ, purpura veſtimento. In quibus omnibus quandiu res cohærent, noſtræ quodammodo eſſe deſinunt; certe tandiu vindicare non poſſumus: tunc ſolum poſſumus, cum ſunt ſeparatæ. Quid ergo fiet, cum cohærebunt, & nihilominus nobis reſtitui volemus? Nempe ad exhibendum agemus. Exhibitio id præſtabit, ut ſeparentur, cum tangi niſi ſeparatæ non poſſint. Et quoniam ſeparatas vindicare poſſumus, ſimul id adferet, ut iam nunc liceat vindicare. Quam ad rem cum ſit neceſſaria iſta exhibitio, nemo non videt, quam ſit iuſta cauſſa eius deſiderandæ, & quam interſit noſtra concedi. De hac ſpecie eſt in *L. gemma.* 6. *L. tigni.* 7. *hoc titul. L. in rem*, §. *item quæcumque*, *D. de rei vindicat.* Eſt & huic generi actionis poſt exhibitionem ſperatæ locus in duabus pluribuſve rebus quarum una mihi legata eſt, quam optavero. Nam optatam vindicare poſſum, quoniam ea mihi legata eſt. Sed optare deligere eſt, nec poſſum deligere ex alienis, quæ priuſquam mihi exhibitæ ſint, quales ſint, ignorem. Ita fit, ut ad rem ex hac optione habendam, vindicandamve omnino neceſſaria ſit exhibitio earum rerum, quarum optio legata eſt. Quam ob cauſſam placuit agere me poſſe ad eas res exhibendas, ut his exhibitis quam optaverim, poſſim vindicare. *L.* 3. §. *item ſi optare*, *D. ad exhibend.* Idem eſt, etſi una ex pluribus mihi legata ſit, non quam optavero, ſed quam Titius optaverit. Nam & Titio unam ex exhibitis optante, illa mea futura eſt, quam is optaverit, ut ſic poſſim vindicare non minus, quam ſi ipſe optaſſem.

XV. Ex his duo hæc iam intelligimus, neque ei qui nullam aliam actionem habeat, quam exſequi velit vel præſentem, vel ab exhibitione ſperatam, competere actionem ad exhibendum, quoquo modo alioqui videri poſſit eius intereſſe; neque ei qui actionem aliam habeat, ſi eius pecuniarier non interſit rem exhiberi. Quorum utrumque etiam ex prioribus ſumptum veteres conſtituiſſe ſub hoc titulo animadvertere poſſumus. Primum qui præcedentem aliquam actionem non habet, vel præſentem, vel quam ab exhibitione certo habiturus ſit, ſi velit, eum ad exhibendum agere non poſſe dicimus. Declarant id veteres ſub perſona plerorumque, quibus conſtat aliquo modo utile eſſe rem exhiberi: negant tamen his hanc actionem competere; puta ſub perſona furis, prædonisve, qui rem antea poſſidentes poſſeſſione exciderunt, quam utile ſit iis recuperare, vel ad rem ſuo domino reſtituendam: de quo in *L.* 3. §. *ſi mecum. D. ad exhibend.* ſub perſona eius qui ſine vitio tenens conventus erat ad exhibendum, & inter moras iudicii poſſidere deſiit; cuius rem habere intereſt, ut poſſit eam exhibere; de quo in eadem *L.* 3. §. *ſi mecum.* ſub perſona actoris, qui adverſarii [17] rationes ſibi exhiberi poſtulet ad fidem intentionis ſuæ faciendam; ſub perſona ſtudioſi, qui libros alienos ſibi exhiberi deſideret, ut his lectis fiat doctior, aut ex his poſſit ſumere advocatus, quod ad cauſſæ ſuæ defenſionem faciat: de quibus in *L. pen. D. eod.* Negant, inquam, veteres ſuperioribus actionem ad exhibendum competere quanvis videatur eorum intereſſe ob ſupra ſcriptas cauſſas: ſed addunt, hoc non ſufficere, ut *d. L.* 3. §. *ſi mecum.* &, non eſſe mentem iuris hac de re conſtituti, ut ſuperior utilitas verbo eius quod actoris intereſt, intelligatur, ut *d. L. pen.* ſed nihil adiiciunt amplius. Cur ergo dicunt in his perſonis iſtam utilitatem ad actionem ad exhibendum non ſufficere? Reperiemus id eſse cauſæ, quod actio ad exhibendum inducta eſt propter alias actiones, quas quis re exhibita exſequi tanquam ſuas deſtinavit, ad quam exſecutionem neceſsaria eſt exhibitio, ut indicat *L. Iulianus*, 9. §. *quantum*, *eod.* ſuperiores autem iſti nullam præcedentem actionem habent de ea re, de qua agitur, quam actionem re exhibita exſequi velint, & propter quam exhiberi deſiderent.

XVI. Verumtamen hic nobis verba iuris civilis opponentur, iuris, inquam, de hac actione conſtituti. Quæ ita ſe habent, ut propoſita eſse dicatur actio ad exhibendum generaliter ei cuius intereſt: ſic enim definitio traditur in *d. L.* 3. §. *ſciendum. d. L. pen. d. L. ſi liber.* 13. *eod.* Generaliter dictum hoc eſt, ut intelligatur omnem, cuius intereſt, ad hanc conſtitutionem pertinere. arg. *in L.* 9. §. 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam.* verſ. *a quo*, *D. de pet. her.* Iam vero id quod intereſt, definit Paulus, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *L. ſi commiſſa. D. rem rat. hab.* Quæ definitio ſuperioribus quos modo commemoravi, convenit. Eſt enim

17) Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 8. Hæc actio, ait, non porrigitur ad ſcripturas, quarum editio non dominii vindicandi gratia petitur, ſed ob probationes, de qua *tit. de edendo*. Sed & aliis remediis ad exhibitionem competentibus hoc ceſſat, Mynſ. *d. n.* 55. Weſenb. *Par. h. t. n.* 3. ut *ſupra N.* 13. Cuiuſmodi 13. percenſet Oldend. *d. Act.* 1. *in adſin. remed.*

enim in his, aut quod iis absit re non restituta, aut quod re exhibita consequi & lucrari potuerint. Quidni igitur ex constitutione superiore dicamus his actionem ad exhibendum competere, quia rem exhiberi eorum intersit? Et recte dicemus, superiorum quidem aliquo modo interesse, quia quid sibi utile sit, petant; at non proprie interesse, non certe eo modo, quo hoc verbum in usu iuris accipitur, dum ideo alicui datur actio, quia eius interest. Idque ipsum est, quod Paulus sensit in *d. L. pen. eod.* cum ait, non oportere hic ius civile calumniari, neque verba captari; sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Significat enim, secundum verborum significationem dici posse superiorum interesse videri: sed non esse ex mente & sententia legis hoc verbo utentis, quæ ei, cuius interest, dans actionem ad exhibendum, proprie hoc verbo utitur, dans ei, cuius vere interest, id est cuius propter aliquam actionem suam interest rem exhiberi. Adversus hanc autem sententiam verba captari non debere, ut propter verba actio detur ei, de quo ius non senserit. At enim generaliter Paulus definit nostra interesse, si quid nobis abest, ut lucrari potuimus. *d. L. sic commissa*, *rem rat. hab.* Sed hæc verba iuris sic accipienda sunt, si quid nobis abest de nostro, non de alieno; si quid lucrari potuimus ex re nostra, non si ex aliena sine ulla iusta caussa. Nam nec res alienæ, quarum nomine nullam actionem, aut iustam retentionem habemus, nobis abesse dicendæ sunt: & si quod lucrum captamus ex re aliena sine caussa invito domino, iniustum id lucrum est. Iniusti autem lucri iure nulla est æstimatio, sicuti nec iniusti metus. *L. 6. L. 7. D. quod met. cau.* Neque id etiam in eo, quod nostra interest, numeratur, ut in specie non dissimili Proculus respondit. *L. Proculus, D. de damn. infect.*

XVII. Una tamen species est, quæ refertur in *L. 3. §. pen. ad exh.* in qua qui præsentem principalem actionem nullam habet de re aliqua, nec ullam speret, placet eum nihilominus ad exhibendum agere posse de ea re: non tamen directa actione, ut ius superius summum hic quoque agnoscas, sed tantum utili. Ea est, cum aliquis meas rationes mea voluntate conscripsit. Hæ si a te possidentur; si quidem in mea charta scriptæ sint, quia vindicare eas possum, etiam & de his ad exhibendum agere me posse constat; sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec possum ad exhibendum experiri. Sed æquitas exhibitionis, quæ in hac specie occurrit, efficit, ut mihi de his actio in factum competat: sic de hac specie verba sunt *d. L. 3. §. pen. ad exh.* Actio in factum, id est actio ad exhibendum utilis, ut hæc verba actio utilis, & actio in factum, promiscue pro eodem [18] usurpari solent, ut ostendi ad *L. 3. n. pen. D. de cond. trit.* Æquitatis ratio, quæ in hac specie admittit ad exhibendum actionem, est hæc, quod prope est, ut videantur eæ rationes meæ esse, quæ meo nomine & meo mandatu conscriptæ sunt. Sed cum in hac specie mihi denegetur directa actio ad exhibendum, tantum ideo, quia rationes principali aliqua actione petere non possum: vel hæc una species maxime ius superius paulo ante a me positum confirmat, eum qui nullam eiusmodi actionem de re habeat, aut ab exhibitione speret, ad exhibendum de ea re experiri non posse: meminerimusque id eo fieri, quia qui eiusmodi actionem habet, solus sit, cuius proprie dici debeat interesse rem exhiberi. Quam unam caussam habet hæc actio.

XVIII. Et ideo quanvis quis præcedentem aliquam actionem de re aliqua habeat, tamen non minus illud alterum verum est, quod ex eadem definitione intelligi supra diximus, si huius [19] pecuniariter

18) Sed diversam esse eam actionem sentiunt Oldend. *t. Act.* 1. Q. 8. Sich. ad *L. 4. C. h. t. n.* 5. & recte per *L. 7. C. h. t.* Simile præiudicium curiæ Spirensis refert Frider. *d. C.* 50. *n.* 8. qui & hunc infert *n.* 10. si tu codicem habeas meo similem, & ad mei vindicationem vel condictionem intersit mea illum exhiberi, recte id me petere. Plane & hac actione instrumenta exhibenda non tantum si mei dominii sint ut *d. §. pen.* sed etsi ad ius meum pertineant *L. 4. L. 6. C. h.* sive ius dominii, sive possessionem prætendam, Io. Bapt. Plot. *de iurei. in lit.* §. 23. *n.* 3. sive aliud probabile, Frider. *d. n.* 8. Quare non tantum soluto debito contra creditorem ad chirographa exhibenda agere potest debitor, ut *L. ult. C. h. t.* Sed & ad eadem recte agit creditor contra alium, quam debitorem *L. 18. h. t.* Prava namque est corruptio gemina Cuiacii 9. *Obs.* 7. *debitor* & *creditore* pro *creditor* & *debitore* reponendo, sensum L. invertentis. Quem iuste notat Frider. *d. Cap.* 50. *n.* 9. Quippe & vulgatam lectionem sententia verissima abunde confirmat *L. 27. pr. D. de furt.* & istius corruptæ falsissima. Qua efficeretur debitorem hoc casu ad exhibendum quidem contra alium agere posse, contra creditorem autem, cui solvit, non posse. Quod & absurdum & directo adversum *d. L. ult. C. h. t.* cui tamen conformem *d. L.* 18 reddere erronee intendit. Nec quoque perpetuum, quod *ibid.* Cuiac. vindicare hic debitorem posse chirographum. Non enim alio casu potest, quam quando charta in ipsius dominio fuit dum scriberetur *d. L. 3. §. pen.* alias qui dominium transibit? Quare non ideo ad exhibendum competit, quia & vindicatio, ut Cuiac. sed quia aut vindicatio aut condictio.

19) Ita & DD. vulgo ac Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 4. non affectionis & cognationis interesse hic spectari, & Mynsing. *in* §. 31. *I. de act. n.* 50. Cuiac. *in Paulo ad L.* 12. *pr. h. t.* Gœd. ad *T.* 22. *de V. S.* Frider. *d. C.* 50. *n.* 7. non interesse lucrativum sed pecuniarium iuris quæsiti allegandum. Verum Florentini libri habent *peculiariter*.

Quæ

riter non intersit, denegari ei ad exhibendum actionem: quod accidere in eo iam ante monuimus, qui interdictum habet de libero homine exhibendo: de qua specie est in *L. si liber*, 13. *ad exh.* Neque huic contrarium est, quod ante admisimus, & scriptum a Paulo est in *L. de eo*, 12. in pr. *eod.* de eo exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse posse. Nam & is in libertatem vindicari potest, quem ita vindicari intersit eius qui vindicat, & quidem pecuniariter. Sane enim si quem liberum hominem extraneum vindicem in libertatem, mea nihil intersit; liberum pronuntiari; quam ob caussam & mihi in hac specie actio ad exhibendum fit inutilis. *d. L. si liber*. At finge vindicari in libertatem a patre filium, a patrono libertum. Est utrobique ea conditio actorum, ut possit eorum interesse, eum, de quo agitur, asseri in libertatem: patris, propter illa quæ per filium patri quæri possunt: patroni, propter operas, quas libertus patrono debeat. Et in his actioni quoque ad exhibendum locus est. Id recte [20] vidit Accursius & sensisse apparet, dum ita locum interpretatur; de eo, scilicet filio, vel liberto. Nec Pauli verba quasi generalia superiorem distinctionem repudiant, sed maxime admittunt. Non enim dicit, de eo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locum esse, sed locum esse posse: quo significat, aliquando esse: aliquando non esse; atque ita quærendum relinquit, quando ei sit locus: de quo secundum supra scriptam distinctionem statuendum est.

XIX. His adiiciendum est, quod faciendum esse monemur in *L. tigni*, 7. §. *ult. D. eod.* eius qui ad exhibendum agit, sic interesse debere ad eum modum, quem diximus, ut utroque tempore eius interfuisse oporteat rem ei restitui, & quo lis contestatur, & quo fit condemnatio. Merito: prius enim tempus iustum initium actionis exigit, quæ nisi ex sua caussa exsistere non potest. Posterius adversus non exhibentem non admittit aliam condemnationem, quam in id quod actoris interest, *L.* 9. in fin. *D. eod.* Quo fit, ut ea non possit sequi, si prius actoris interesse desiit. Sit exempli gratia, qui acturus in rem tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si quo tempore agit, dominus non est, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius interest rem exhiberi ad exsequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita speret habere. Si dominus est, recte quidem agit, sed si inter moras exhibitionis rem alienaverit, æque possessor absolvendus est; quia actoris interesse desiit sublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum instituit.

XX. Caussa superiore huius actionis constituta, oritur dubitatio circa huius caussæ probationem, ac propter hanc incidit ipsa actio in difficultatem: quod iam attingam. Postquam enim hæc actio non competit, nisi ei, cuius interest rem exhiberi, nec interest, nisi eius, qui actionem aliquam in rem aut similem habet, propter quam exhiberi sibi desideret: quid fiet, si possessor neget ita actoris interesse? Si negamus actorem cogi probare, facimus adversus manifestas regulas iuris, quæ

Quæ lectio displicet Cuiacio ad *d. L.* 12 *pr.* quod & in Basilicis extet χ... Mihi autem necessario probanda videtur, uti & sententia nostri aliorumque præcise pecuniarium interesse requirentium improbanda. Moveor (1) *L.* 12. *pr. h. t.* quæ aliter conciliari nequit ut *N. seq.* (2) Exemplo criminalis actionis ab ipso nostro proposito ut *supra n.* 13. *v. alter casus* ubi tale interesse nec fingi potest. (3) Quia alias fere ubique affectio in rebus nostris spectatur, ne cogatur quis rem suam, iusto licet pretio, vendere per vulg. (4) Quia alias nunquam in hac actione iuriiurando in litem locus foret, nec nisi in veram æstimationem eius interesse condemnatio fieret. Nam si interesse solum pecuniarium caussa huius actionis est a parte agentis, in ea ut se fundet is, neque in amplius intendit necesse erit. Petitio enim actoris in iure eiusdem innixa est; petitioni autem ut sententia congruat oportet, per vulg. Simul res plana fiet. Rei vindicationis caussa est dominium a parte actoris. In ea se fundat, nec amplius intendit, quam ut res restituatur, quo eam iure dominii teneat, illa fruatur, utque quod hoc nomine, quod habere nunc tenere frui non licuit, abest, præstetur; omnis nempe caussa &c. Id si non præstetur, condemnatio in id quod interest, vel vere, vel ex affectione iurantis. Nec ad iusiurandum in litem venitur, quam si id iussus præstare nolit, vel sui culpa non possit. Pari itaque modo & hic non aliter veniretur ad iusiurandum in litem, quam non præstito interesse pecuniario: Et nunquam itaque veniretur, quippe iuraturum foret quanti actoris intersit affectu, pecuniarium illud interesse sibi præstari. Atqui in pecuniam affectio non cadit, *L.* 3. *de in lit. iur.* Dices: Ita quidem de nummis ius esse. *Pecuniarium*, hic latius sumi pro quovis damno facultatum. Regero: At cum nummis omnia æstimentur; cumque præter verum rei pretium non aliud sit quam affectionis: excluso hoc, illoque solo relicto, idem omnino effici consequitur. Quare & ubi pecuniariter interest, hac actione ut plerunque; nec id tamen solum attenditur, quantum eo modo intersit, sed quantum omnino, ex quacunque iusta & probabili caussa *L.* 3. §. 11. *h. t.* & id tantum excluditur quod improbabile, quodque proprio affectu quis sibi fingit *L. pen. h.* Veluti Creditore ad exhibendum Chirographum agente post solutionem sibi factam, ut *L.* 18. *h. t.* reo contumace, non pretium solum tabularum æstimatur, sed & quod interest ne calumniari possit debitor se indebitum solvisse &c. *L.* 27. *pr. de furt.* Florentinæ autem & veræ lectionis *peculiariter &c.* hic sensus: Quia actio ad exhibendum est subsidiaria, nec competit, ubi alia actio idem consequi licet, ut *supra N.* 13. idcirco cum interdictum de libero homine suppetat hæc actio *inutilis est*, id est supervacua, non est necessaria.

20) Sed durum hoc, nimisque sententiam *d. L.* 12. *pr.* coangustat, ut recte Cuiac. *in Paulo ibid.* Verius itaque quemvis assertorem libertatis futurum prius recte ad exhibendum agere, cum publica assertionis caussa sit, ac intersit publice quemcunque audiri, cumque nisi hac prævia sæpe in libertatem vindicari nequeat. Et denique quia interdictum de libero homine exhibendo de eo est, quem liberum esse constat: non autem de eo, qui ex possessione servitutis liberali manu asseritur *L.* 3. §. 7. *de lib. hom. exhib.*

quæ ab omni qui dicit probationem exigunt. Si ei hic quoque probandi necessitatem imponimus, hanc actionem inutilem constituere videmur, cum hac necessitate imposita, multo utilius videamur recta experturi esse actione in rem principali, per quam rem ipsam totam & pleno iure consequamur. Quid ergo est? Et hoc tenendum est, non magis in hac actione, quam in cæteris, actori dicenti sua interesse, fidem haberi sine ulla probatione; sed & hunc in hac actione quoque intentionem suam probare debere. Notæ sunt illæ regulæ de probationibus ad omnem intentionem pertinentes: Ei qui dicit & intendit quid, eius quod intendit, incumbere probationem. *L.* 2. *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Et, Actore non probante, reum absolvi. *L. qui accusare*, *C. de edend.* Proinde qui in rem acturus tanquam de re sua prius ad exhibendum agit, probare debebit se dominum esse, & hac de caussa sua interesse rem exhiberi, eritque probandi ratio hæc usitata, ut probet testibus, aut instrumentis. *L. in exercendis*, *C. de prob.* At hinc illa difficultas, de qua dixi. Hac enim necessitate probationis in actionem ad exhibendum inducta, quid restat, nisi ut inutilis constituatur & supervacua hæc actio? Omnino enim supervacuus vel potius stultus labor est, hac actione tentare rei exhibitionem solam, ut sic deinde perveniamus ad directum iudicium, quo restitutionem consequamur, ut directo iudicio recta agentibus liceat statim & sine ulla circuitione utramque simul consequi & exhibitionem rei & plenam restitutionem. Neque hic nos remorabitur probationis necessitas, quæ in directa actione exigitur, postquam placet agenti ad exhibendum incumbere eandem necessitatem probationis, & ante quam impleta sit ea probatio, non concedi exhibitionem. Et hoc ita esset omnino, si quidem in utraque actione exigeretur eadem probatio: quod non ita est. In directa actione, post quam nulla alia est de re actio, plena probatio exigitur, id est ea adversus quam nihil obiicitur ab adversario, de quo non plene cognitum fuerit a iudice. *L. iudices*, *C. de iud.* In actione ad exhibendum, quæ prælusio quædam est directæ actionis, non exacta & plena probatio; sed huiusmodi, ut debeat iudex [21] summatim cognoscere, an actoris intersit, necne, ut intendit: hoc in *L.* 3. *§. sciendum*, *D. ad exhi.* Summaria hæc cognitio sic describitur in *ead. L.* 3. *§. ibidem*. ut si possessor adversus productos ab actore testes, aut instrumenta prolata, aut intentionem ipsam obiicit aliquam exceptionem: si quidem tam evidens est, ut facile repellat agentem, debeat possessor absolvi; veluti si constet aperte instrumentum esse falsum, testes conditione ipsa personæ non idoneos: sin exceptio est obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem, ea differatur in directum iudicium actionis in rem, aut alterius actionis principalis, propter quam actio ad exhibendum instituitur, atque ea omissa nihilominus [22] possessor rem exhibere cogatur. Hoc, inquam, in *d. §. ibidem*. Quod non item, ut dixi, fieret in rei vindicatione, aut alio quovis directo & pleno iudicio de re restituenda. *d. L. iudices*, *C. de iud.* Ex quo intelligitur, utilitatem actionis ad exhibendum, quam supra constituimus, superioris probationis necessitate non impediri.

XXI. Plane ex omnibus exceptionibus quatuor ibidem Ulpianus excepit, de quibus vult iudicem etiam in hac actione omnimodo disceptare; pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, doli mali. Pacti, si actor quandoque cum possessore pactus est, se ea actione principali, quam nunc destinat, non usurum. Iurisiurandi, si nunc agere instituat in rem de ea re, de qua prius ipso deferente possessor iuravit suam esse, aut non esse actoris. Rei iudicatæ, si cum idem prius egisset iudicio de eadem re cum eodem possessore, res adversus actorem iudicata est. Doli mali exceptionem hic

21) An intersit, non an res mea sit *L.* 3. *§.* 9. *h. t.* Neque in hac præparatoria actor ad probationem dominii vel iuris sui urgetur, sed ut caussam alleget, cur exhiberi velit, Old. *Cl.* 3 *Act.* 1. *intent. actoris n.* 2. Quin quod eo ipso recte asserat sua interesse quod vindicare vult, censet Petr. Iacob. referente Sixtino *Consf. Marp.* 13. *n.* 5. *Vol.* 1. & Gilm. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 1. quod iurandum hic actori quod sua intersit, quodque non animo calumniandi petat, Ioh. Bapt. Plot. *de in lit. iur.* §. 23. *n.* 2. post Fab. & Ang. Mynf. *in* §. 31. *I. de act. n.* 50. per *L.* 15. *h. t* Quod Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 5. post Iaf. *ad d.* §. 31. admittit cum modicum damnum in exhibitione vertitur. Quod si magnum, semiplenam probationem & iusiurandum suppletorium exigi. Sed & ubi parvum, præiudiciales præsumptiones admitti idem ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 7. Ubi *n.* 8. acta in hoc iudicio summario non sufficere in ordinario. Ideoque etsi ante auditi testes & publicatio facta; posse tamen ordinario iudicio super iisdem articulis eosdem, vel alios produci, quia mutata natura iudicii probationis quoque natura mutatur. Et etsi in eodem articulo producantur testes, tamen ad alium finem. Licere quoque non solum per modum actionis, sed & per mandati ad exhibendum experiri, docet P. Frider 2. *de Mand. iud.* 50. *n.* 11. *&* 14. si nimirum statim probabile fiat quod intersit *ibid. n.* 17.

22) Auditur autem reus si offerat illico probationem dominii sui, vel actori ius nullum competere ostendat arg. *L.* 3. *pr. Ut in poss. leg. L.* 3. §. 4. *de Carb. ed.* Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 2.

hic accipere debemus specialem, non generalem, ut & bene accepit Accursius. Nam generalis cum ex omnibus aliis exceptionibus competat, *L.* 2. *§.* & *generaliter*, *D. de dol. ma.* & *met. exc.* si intelligeremus, Ulpianum de ea sensisse, probandum esset, iudicem in actione ad exhibendum de omnibus exceptionibus omnimodo disceptare debere, si quis modo pro speciali actione in factum generalem doli obiecisset. Quod aperte Ulpianus negat in *d. L.* 3. *§. ibidem*. Doli ergo exceptionem specialem intelligir; ea autem est exceptio doli, quem ab initio actor admisit in ea re quærenda, de qua nunc tanquam sua agere instituit, ut non ex alia exceptione aliunde parta nascatur possessori hæc exceptio, sed ex solo dolo actoris. Finge possessorem aliquando vendidisse actori eam rem, de qua nunc agitur; sed dolo actoris inductum. Post eandem rem aliquo casu ad eum rediisse. Si emptor tanquam priore venditione & traditione secuta dominus factus eam rem vindicare instituat a venditore, eodemque possessore, & ea gratia prius agat ad exibendum, recte removebitur exceptione doli in ipsa acquisitione admissi; tanquam qui petat ex ea caussa, non solum in qua dolus eius illi prodesse non debeat, sicut nec in cæteris; sed etiam quæ ipso iure nulla sit, circumscripto venditore in hoc, ut venderet. *L.* & *eleganter*, in pr. *D. de dol.* In hac vero exceptione idem servandum dicemus, quod in superioribus illis tribus, ut quanvis circa eam inciderit altior quæstio, tamen in ipso exhibitionis iudicio iudex de ea disceptare debeat. Has exceptiones quatuor excepit potissimum Ulpianus ex omnium numero, optima ratione; quia nascuntur ex facto actoris sibi ipsi futuri iudicii caussas eo facto præcidentis: ut qui pactus sit de ea re; qui controversiam iureiurando, aut iudicio sustulerit; qui dolo suo inutilem venditionem sibi constituerit. Hæc facta auctori suo perpetuo nocere æquum est.

XXII. Exposita est caussa actionis ad exibendum ea, quæ actori hanc actionem tribuit, seu quæ facit, ut in quo est, ei competat hæc actio. Quæ caussa cum tam sit propria huius actionis, ut pote nihil admodum cum cæteris actionibus in rem commune habens, in se autem tam multa contineat animadversione digna, quam supra diximus: vel unam hanc ob caussam maxime de ea actione tractationem separatim institui oportuit. Reliquæ partes huius actionis propemodum per omnia communes sunt cum actione in rem, seu rei vindicatione: quo magis expositam rationem habituræ sunt; sive quæratur, adversus quem competat hæc actio, sive qua de re, sive quem finem & exitum iudicii habeat: de quibus ideo breviter iam perstringam, quod restat, vel ob id maxime, ut quales esse dixi, tales ex suis locis notæ esse possint. Quod ergo secundum est in recta institutione actionis, competit actio ad exhibendum adversus eosdem, adversus quos omnis alia [23] actio in rem, ut plane in hac actione, atque hac parte nihil sit propriæ tractationis, sed quæ de hac parte in rei vindicatione diximus, etiam hic omnia intelligenda sint. Adversus eum est, qui possidet. *L.* 3. *§. ult. D. ad exh.* Nec qui possidet modo proprie, sed qui quovis modo rem tenet, & habet restituendi facultatem: puta, cui commodata, aut locata res est, apud quem deposita, qui tanquam fructuaria utitur, qui rerum vel legatorum servandorum caussa in possessionem missi sunt: quæ summa est *d. L.* 3. *§. ult. L.* 4. *L.* 5. in pr. & *§.* 1. *eod.* Tantum ut sit is, qui habeat restituendi facultatem. Quam si quis non habet, licet possideat, placet eum ad exhibendum non teneri, veluti, si in fuga sit servus, ad hoc plane teneri, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. *L.* 5. *§. ult. eod.* Et quoniam semper pro possessore dolus est, *L. qui dolo. L. parem, D. de reg. iur.* consequens fuit, ut & is [24] teneretur ad exhibendum actione, qui dolo fecit, quominus possideat. Quod ipsum & in hac actione receptum est. *L. ad exhibendum, C. eod. L. si vir.* 14. *D. eod.* In quo ne exempla desint, quibus doceamur, quomodo accidat, ut quis isto modo possidere desinat; variis id exemplis declaratur, constituta simul propterea in his hac actione, in *L. Iulianus* 9. in pr. *§.* 1.

23) A qua semper recte argumentum ad hanc & vicissim duci, docet Cuiac. *in Paulo ad L.* 12. *§.* 1. *h. t.* Quare & interrogationes ad hoc iudicium fieri possunt, ut actor designet rem aliquibus circumstantiis, ac quærat, an talem reus possideat. Et hic quoque pœnæ inficiantis *L. ult. D. de R. V.* locus Old. *d. Act.* 1. *in fin.* Mynf. *in §.* 31. *I. de act.* 59. Quidam volunt satis esse si probatur reum aliquando possedisse. Exinde & nunc præsumi per *L.* 4. *C. h. t.* post alios Sixtin. *Consil. Marp.* 13. *n.* 13 *Vol.* 1. Sed Sichard ad *d. L.* 4. *n.* 6. hanc præsumptionem reiicit. Quia alia ratio dominii, alia possessionis, quæ facilius amittitur. Satis autem si probetur habuisse reo reus *d. L.* 4. scilicet tempore iudicii accepti, Sich. *ibid.* Ioan. Bapt. Plot. *de in lit. iur.* *§.* 23. *n.* 3.

24) Unde & de nummis mala fide consumptis ad exhibendum agitur *§.* 2. *I. Quib. alien. non lic.* ubi Theoph. regulam tradit: Ex quibus caussis, si res extent, in rem agitur; ex iis, si vel celentur vel mala fide consumptæ, ad exhibendum; non ad id quidem, ut exhibeantur, sed ut in litem iuretur, Hot. *in d. §.* 2. vid. Sixtin. *Consil. Marp.* 13. *n.* 14 & 2. *seqq. Vol.* 1. Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 8. & *seqq.*

§. 1. §. 2. §. 3. *D. eod.* Et ut in hac parte nihil interest, qua ex caussa quis rem teneat; ita nec illud, quis teneat, aut dolo desierit tenere, ut hac actione teneatur, dum sit is, cum quo iudicium consistat. Itaque & filiusfamilias hac actione conveniri potest, si facultatem rei exhibendæ habet: *L. de eo.* 12. In pr. *D. eod.* possunt & municipes. *L. tigni.* 7. §. 1. *eod.* Quod si quis non possidet, nec dolo fecit, quominus possideret, is hac actione non tenetur. *L. thesaurus*, 15. *eod.* ut appareat, quod de genere huius actionis supra disserui, plane hanc actionem in rem esse, quippe quæ unam rem sequatur, ac propter rem eius rei possessorem. Quod & ipsum ad heredes possessoris pertinet.

XXIII. Inde verissime dictum in *L. de eo.* 12. §. *ult. eod.* hanc actionem neque heredi tanquam heredi, neque in heredem tanquam heredem dari, sicut accidit in omnibus in rem actionibus. Sunt enim certæ caussæ, quæ hanc actionem ut & cæteras in rem actori dent, quæ caussæ non continuo ad heredes transeunt: sunt certæ, quæ reum tenent, quibus non item subiicitur heres, etsi maxime heres: ut cessante caussa actionis in utriusque litigatoris heredibus, merito nec ad heredes tanquam heredes perveniat hæc actio. Id autem in utriusque heredibus sic accidit. Heredi tanquam heredi hæc actio non datur, quia competit ei, cuius interest rem exhiberi, & interest eius, qui principalem aliquam actionem habet, qua agere destinavit, puta in rem, quia est dominus. Finge eum qui ita dominus fuit, decessisse duobus heredibus relictis, & rem de qua agitur, uni prælegasse. Hic quidem recte ad exhibendum de ea re aget; verumtamen non quia heres, sed quia dominus, quam ob caussam & illius suo nomine interest; ob quam eandem acturus fuit, etsi heres non esset. Alter quanvis maxime heres, ad exhibendum agere non poterit, quia res non est eius, eoque nec eius interest rem exhiberi. Similiter hæc actio adversus possessoris heredem tanquam heredem non datur; quia fieri potest, ut heres non possideat, nec dolo desierit possidere; quod cum accidit, non potest adversus eum esse hæc actio, quæ ita comparata est, ut non sit nisi adversus possessorem. Quod si proponas & heredem possidere, tenebitur hic quidem similiter ut defunctus; sed qua possessor, non qua heres; qui nisi possideret, non teneretur, quantumvis heres esset. Plane quia constitutionibus ex maleficio defuncti tenentur heredes, quatenus locupletiores facti sunt; *L. unic. C. ex del. def. in quan. her. con.* ideo ex dolo defuncti danda est in heredem hæc actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit. Veluti quod pretium rei consecutus sit: hoc in *d. L. de eo.* 12. in fin. *ad exh.* quod & in ipsa rei vindicatione servari diximus. *L. cum autem*, 52. *D. de rei vind.*

XXIV. Competit hæc actio de [25] rebus mobilibus, non soli. Nusquam hoc quidem ex professo scriptum legimus apud nostros; sed puto ideo, quia erat in promptu. Certe id finis actionis, & in hoc fine significatio verbi satis indicant. Nam primum quod actio dicitur esse ad exhibendum, satis declarat non esse hanc actionem, nisi de iis rebus quæ natura sua exhiberi possunt. Iam vero non possunt exhiberi, nisi res corporales, & eæ mobiles. Atque hoc iam verbi significatio liquido ostendit. Est enim exhibere (de quo verbo mox plura) rem extra secretum habere, seu ex uno loco in alio habere. *L.* 3. §. *ait*, *D. de hom. lib. exh.* Quorum prius dici non potest de rebus immobilibus, quæ latere posse negantur in *L.* 2. §. *sed ubi*, *C. quan. & quib. quar. pars. lib.* 10. posterius non nisi de iis rebus, quæ loco moveri possunt. Ita fit, ut non sit hæc actio nisi de rebus mobilibus. Et quoniam exhiberi res nisi certa non potest, idem in hac actione evenit, quod in rei vindicatione, ut hic quoque de re certa exhibenda agi oporteat. Quamobrem & res hic quoque designanda est, similiter ut actione in rem. *L. si in rem*, 6. *D. de rei vind.* Quam ad designationem cum opus sit rem nosse, ut designes, hinc nimirum dictum est illud, quod est in *L.* 3. in pr. *D. ad exhibend.* in hac actione actorem omnia nosse debere, & dicere argumenta rei, de qua agitur: quod sine dubio ad superiorem designationem pertinet. Eam qualem esse oporteat, diximus in rei vindicatione.

XXV. Sic tamen istam notitiam & designationem rei ad hanc actionem exigi sciamus, ut meminerimus excipi debere eam

25) Ita & Old. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 2. Cuiac. 5. *Obs.* 23. & in *Paulo ad L.* 10. *b. t.* Sich. *ad Rub. C. b. t. n.* 6. Mynf. *ad* §. 31. *I. de act. n.* 53. Gœd ad *L.* 22. *de V. S. n.* 5. Goth ad *L.* 1. *b. t.* A. Fab. ad *L.* 56. *de Pretur.* Sed hoc non ita strictum esse putat Frider. 2. *de Mand. ind.* 59. *n.* 5. quin & de rebus soli, si incognitæ sint actori, quasi ad exhibendum recte agatur, ut quasi exhibeantur per deductionem in rem præsentem. Veluti si fundus Sempronianus mihi legatus sit, egoque ignorem ubi situs, quibus finibus circumscriptus sit. Nam & fundus ita extra secretum haberi potest. Adducit idem *L.* 8. *D. h. t.* quæ tamen recte perpensa nihil ad rem facit, uti nec argumentum ex *L.* 1. *n.* 1. ductum.

eam speciem, cum ex noxali caussa agetur ob maleficium servi: qua in specie diximus, si actor non norit eum servum qui nocuit, nec nomen eius teneat, non modo propter hanc ignorantiam non removeri ab hac actione, sed etiam hanc ipsam idoneam caussam visam esse, cur ipse desideret familiam totam a domino exhiberi, ut noxium servum agnoscat. *d. L.* 3. *§. si quis noxali*. Quod in maleficio alieno & iusta rei alienæ ignorantia merito receptum est, ne per hanc ignorantiam, ut dixi, etiam maleficium impunitum maneat.

XXVI. Reliquus est actionis finis; in quo est & iudicii effectus, postquam ita est actio omnis, ut cuius rei obtinendæ caussa comparata est, id etiam re ipsa iure assequatur officio iudicis. Is finis proprie unus est; idem videlicet, qui & actori propositus. Nam huius solius est actio, non rei. Sed quoniam actio adversus reum intenditur, quam & ille suscipit, in qua eadem non minus eius rationem haberi placet: fit per consequentiam, ut extrinsecus huius quoque finem, quem ius tuetur, iudicium accipiat, sitque in hac actione, ut in reliquis in rem, finis duplex: unus actoris, alter rei. Ab actore actionis finis hic est, in quo eadem vis est & potestas actionis, ut res exhibeatur actori, simul ei omnis caussa restituatur iussu iudicis. Si iussus reus non pareat, ut condemnetur in id quod actoris interest. Ius dilucide comprehensum in *§. si ad exhibendum, Inst. de offic. iud.* sed summatim, ut res explicationem maiorem desideret. De qua ut liqueat, præstituamus nobis ea capita ad quærendum, in quibus ius superius versatur: quæ tria possumus observare. Primum, an reus ex hac actione semper rem exhibere debeat, & si debet, quo tempore, quo loco debeat. Secundum, cum debebit exhibere, quoniam una & caussam restituere iubetur: quid sit horum utrumque: idest quid sit hoc exhibere, & quid caussæ verbo hic contineatur. Postremum, si ut est exhibendi & caussæ significatio, reus hæc non præstat, quæ hic sit summa adversus eum condemnatio. De quibus cum dixero (dicam autem eodem ordine, & breviter) hic locus erit expositus. Ac de his sic habendum est.

XXVII. Possessor hac actione victus, si quidem tempore rei iudicatæ possidet, semper exhibere cogitur: ut ne hoc quidem ei ad defensionem prosit, quod forte non possederit litis contestatæ tempore, si modo postea ante sententiam possidere cœperit. *L. tigni*, 7. *§. si quis non, D. ad exhibend.* Si non possidet; tamen his casibus damnandus est, si aut dolo possidere desiit, aut culpa, aut moram in iudicio accipiendo fecit. *L. de eo*, 12. *§. pen. D. eod.* Quæ omnia & in rei vindicatione, cum de re restituenda agitur, servari diximus. *L. item si*, *§. ult. L. utique, D. de rei vindicat.* ac de eo illic plura. Nec contrarium huic sententiæ, quod Ulpianus scribit in *d. L. tigni*, 7. *§. si quis eum*, D. *ad exhib.* in hæc verba: *si quis eum iuditii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportere*. In hac enim sententia ille non consistit, sed eam mutat de sententia Pomponii, cum ita subiicit; *quamvis sit*, inquit Pomponius, *quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari*. Quam sententiam & ipse Ulpianus probat, perindeque oratio accipienda est, quasi subiecisset, quod & verum est. Quod intelligimus ex *d. L. item si verberatum*, *§. ult. de rei vindicat.* ubi idem Ulpianus diserte scribit, quamvis animal petitum demortuum sit sine dolo malo & culpa possessoris: tamen si forte distracturus erat petitor, si accepisset, pretium moram passo debere præstari. Quod si possessor neque moram fecit in re exhibenda, neque dolo culpave eius res periit, aut aliter ei amissa est, constat eum ad exhibendum non teneri: nisi ad hoc, ut si res adhuc exstat, caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. *L. Celsus*, 5. *§. ult. ad exhib.*

XXVIII. Exhibendi tempus præsens, si reus exhibendæ rei facultatem habet in præsentia. Quod si neget se nunc exhibere posse, & tempus exhibendi caussa petat, idque sine frustratione, id est iusta ex caussa, postulare videatur, dari ei debet: sic tamen, ut fiat, quod modo dixi, id est ut caveat se eo die exhibiturum. *§. si ad exhibendum*, vers. *penult. Inst. de offic. indic. L. de eo*, 12. *§. penult.* in fin. *ad exhib.* Iustæ desiderandi caussæ eæ, quæ indicantur in *L.* 5. *§. ult. eod.*

XXIX. Exhibendi locus describitur in *L. sed etsi*, 11. *§.* 1. *D. eod.* idem plane, qui in rei vindicatione: de quo scriptum est in *L. si res mobiles*, 10. & duabus seq. *D. de rei vindicatione*.

XXX. Cum reum ad exhibendum teneri constabit, accedet etiam illa præstatio, ut simul caussa rei restitui debeat. *L.* 5. *§. pennlt. D. ad exhiben.* *§. si ad exhibendum*, *Institution. de officio iudic.* Quo constituto, quæretur, quod secundum

dum proposuimus, quid sit istud exhibere, & quid superiore restitutione caussæ contineatur. De exhibendi verbo veteres consentiunt. *Exhibere*, inquit Ulpianus [26], *est in publicum producere, & videndi tangendique facultatem præbere. Proprie autem extra secretum habere.* Hoc in *L. 3. §. ait. D. de hom. lib. exhib.* Eodem modo Paulus in L. 2. hoc tit. *Exhibere*, inquit, *est facere in publico potestatem:* quibus verbis expressit illud, quod Ulpianus dixit, in publicum producere. Sed addidit Paulus, quod actioni ad exhibendum conveniebat, *ut sit*, inquit, *experiundi copia*. Experiundi sic accipe, non utique actione ad exhibendum, qua iam ante satis actum est, & quæ hanc ipsam exhibitionem iam satis est consecuta. (& vero ita est ordo naturæ, ut agatur ad exhibendum, quo res exhibeatur postea: non autem exhibeatur res, quo deinde ad exhibendum agatur) verum experiundi principali illa & directa actione, propter quam ad exhibendum prius actum est, & quam actor re exhibita exsequi constituit. Denique id Paulus voluit superioribus verbis, quod de exhibitione planius expressit Ulpianus in *L. 9. §. quantum. eod. tit.* ut diceret; *exhibere esse in eadem caussa præstare, in qua fuit, cum iudicium* exhibitionis nomine *acciperetur*, ut quis copiam rei habens possit exsequi actionem, quam destinavit.

XXXI. Caussam rei restitui non semel supra diximus, ut in petitione hereditatis, & rei vindicatione, esse veteribus, præstare, ut actor habeat omne, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restituta res fuisset. *L. præterea, D. de rei vind. L. cum fundus*, in pr. *D. si cert. pet.* quomodo & in hac actione usurpatur, ut declaratur nominatim in *§. si ad exhibendum, Inst. de off. iud.* Hæc verba & ad rem de qua agitur, & ad commoda externa rei pertinent, quorum in utroque certam præstationem exigunt. In re hæc exigunt, ut exhibeatur res eadem, quæ initio petita est, & ut eodem iure, quo tum fuit, cum petita est. Eandem rem possessor exhibere videtur, si exhibet idem corpus eadem substantia, quæ fuit tempore litis contestatæ. Itaque si re in aliud corpus translata novum corpus exhibet, puta massam, quam ex scypho in iudicium deducto fecerit, æque teneatur ad exhibendum, quia mutata forma prope interemit substantiam rei, ut est in *L. Iulianus, 9. §. sed si quis rem, D. ad exh.* At si eodem corpore & eadem specie manente rem exhibeat, quanvis exhibeat deteriorem, forte animal debilitatum, aut eluscatum, placet nihilominus possessorem absolvi debere: diserte scriptum in *L. si quis hominem, 17. D. eod.* nempe ideo, quia non minus videatur eadem res exhiberi, quæ aliqua re, imminuta, aut debilitata, nihilominus pristinæ speciei totius nomen retinet. Sed hoc posterius ex summo iure dictum accipiendum est. Cæterum exhibitionis æquitas [27] facit, ut qui rem dolo vel culpa sua deteriorem factam exhibet, quanvis subtili isto iure non teneatur actione ad exhibendum, teneatur tamen actione in factum. Id ita ex professo temperatur in *L. exhibitionis, C. ad exhib.* quem locum cum pluribus interpretati sumus ad *L. 3. num. pen. D. de cond. trit.*

XXXII. Non est satis eandem rem exhibere. Etiam ita exhiberi oportet, ut sit petitori eodem iure, quo fuit, cum iudicium acciperetur, ut videatur in eadem caussa præstari: scilicet, inquit Ulpianus, ut actor copiam rei habens possit exsequi actionem, quam destinavit, in nullo caussa quam intendit læsa: hoc in *L. Iulianus, 9. §. quantum, D. ad exh.* ubi Budæus recte monet locum ita reponendum, ut modo retulimus, ut sit, in nullo caussa, quam intendit, læsa, pro caussa nulla in re, nulla ex parte, nullo modo læsa: cum vulgo, & quidem in Pandectis Florentinis legatur, in nullo casu quam intendit læsa, aut nullo sensu, aut manifesto mendo, si ad verbum actionis quod præcessit, referatur. Ergo ut res exhibeatur eodem iure, seu ut ex hac exhibitione sit ius actoris in eadem caussa, efficitur hoc modo, si actori re exhibita sit integra actio principalis, propter quam ad exhibendum egerat, & quam re exhibita exsequi destinarat: sitque ita integra, ut initio fuit, cum ad exhibendum actum est. Proinde quocunque modo fiet, ut inter-

26) Gœd. ad *L. 22. de V. S. n. 4. & 2. seqq.* Exhibere, ait, quasi *ex* id est in publico seu palam, & *habere*, id est ostendere & præbere, quia qui exhibet e penu rerum suarum, quod habet depromit & profert. Ideoque nec res soli, nec iura & nomina exhiberi proprie dicuntur, sed edi, nisi nomina pro tabulis accipiantur, & tabulæ tanquam res corporales petantur.

27) Re semel exhibita non potest amplius hac actione agi, & si deterior res, quia hæc actio concernit substantiam rei, quæ est ipsa forma. Nec potest amplius agi propter aliquam qualitatem. Sed datur actio ex L. Aquilia ad æstimationem detrimenti, Sich. ad *L. 7. C. hoc tit. n. 5. & 6* ubi *n. 7.* aliud esse in contractibus bonæ fidei, ubi res reddita non videtur, quæ deterior: vid. & Don. noster ad *L. 3. de cond. tritic. n. 30. & 35.* Gœd. ad *L. 14. de V. S. n. 10.*

ter moras exhibitionis actio ista principalis actori intercedat, totidem modis eveniet, ut non videatur res exhiberi, eoque nec possessor absolvi debeat. Id autem pro actionis principalis qualitate accidere potest duobus modis; usucapione rei, & temporis actioni quærendæ præstituti exemptione. Usucapione adversus eum, qui in rem acturus erat. Nam si ad exhibendum egit, qui adhuc dominus erat, non dubium, quin dominus esse desinat, atque una amittat in rem actionem, quam exsequi destinarat, si possessor, qui rem cœperat usucapere, inter moras exhibitionis usucapionem impleat: quam constat etiam post litem contestatam impleri posse. *L.* 2. *§. ult. D. pro empt.* Qui ergo post litem de re exhibenda contestatam *ita usucaptum exhibet*, *non videtur*, inquit Ulpianus, *exhibuisse*, *cum petitor intentionem suam perdiderit*. Et ideo absolvi eum oportere negat: *nisi* inquit, *paratus sit repetita die intentionem suscipere*, *ita ut fructus secundum legem æstimentur*; hoc ille in *d. L.* 9. *§. penult. eod.* Sensus est; nisi possessor paratus sit suscipere intentionem sequentis actionis in rem ita, ut velit se teneri ea actione ad rem restituendam ex eo die, quo primum ad exhibendum actum est; ut sic & actionem amissam in se suscipiat, & restitutio retroversus ad diem actionis primum institutæ referatur. Unde eveniat, ut & fructus in ea actione ex eadem repetita die æstimentur secundum legem, idest secundum conventionem superiorem. Temporis constituti exemptione amittitur actori in rem actio, cum optione intra certum tempus data, iudicium exhibitionis eo usque pertractum est, ut interim tempus optionis exiret. Quod cum fit, quanvis exhibeat postea heres eas res, quarum optio legata est, damnandus est nihilominus; quia exhibeat tum, cum frustra sit exhibitio, facultate optandi, eoque & actione legati legatario missa. Et hoc, si per heredem stetit, quominus exhiberet tempore iudicii accipiendi. Quod si non stetit, quia moram non fecit, absolvendus est: hoc in *L. si optione*, 10. *ad exhib.*

XXXIII. Commoda externa rei sunt fructus animalium, & ancillarum partus, quæ ut in caussa rei numerantur, ita & in restitutionem huius actionis cum exhibitione ipsa placet venire. *d. L.* 9. *§. penult. eod §. si ad exhibendum*, *Instit. de offic. iudic.* Quod tamen posterius de restitutione dictum sic accipiendum est, si quidem & possessor actione ad exhibendum victus nolit amplius de re contendere, sed paratus sit ea cedere actori. Quod si re exhibita pergat nihilominus negare rem actoris esse, & velit de eo adhuc directo iudicio in rem quæri: perspicuum est nihil [28] eum de accessionibus rei restituere cogendum esse, qui nec rem ipsam restituere debeat. Idque ita recte interpretatur Accursius in *d. L.* 9. *§. penult.* ubi & recte monet eodem modo accipiendos esse eos locos omnes, quibus ex actione ad exhibendum restitutionis mentionem fieri legimus: ut *d. L.* 9. *§. ult. L.* 5. *§. idem Iulianus*, *§. item Celsus*, *L.* 7. *§.* 1. & deinceps usque ad finem, *eod.*

XXXIV. Postquam tenemus, quid sit exhibere, & omnino quid sit in eo, quod ex hac actione reus præstare debet; reliquum est tertium, ut si iussus reus hæc præstare non præstet, videamus, quæ sit adversus eum condemnatio. Et scriptum est in *d. §. si ad exhibendum*, in fin. *Inst. de offic. iudic.* condemnandum eum in id quod actoris interest. Quo verbo continentur ea omnia, quæ vel habuit actor, vel habere potuit, si res statim exhibita esset, quas quia res initio exhibita non est, amisit: ut quia amisit actionem, quam exsequi destinarat, nec ea illi restituitur; quia fructibus caruit; quia partu ancillæ; quia hereditas illi amissa est ob id, quod servus non exhibetur: qualia commemorantur in *L.* 9. *§. pen. §. ult. L.* 10. *L.* 11. in princ. *D. eod.* Sic autem istæ res veniunt in condemnationem huius iudicii, ut earum damnum æstimetur officio iudicis, sic deinde his æstimatis, quanta ea æstimatio erit, ita tantam pecuniam reus condemnetur. *L. si optione*, 10. *eod.* Sed ut in cæteris actionibus in rem & aliis arbitrariis; sic & in hac, quæ & ipsa est arbitraria, duplex in hac re æstimatio recepta est. Una adversus eum, qui per contumaciam dolove malo rem non exhibet. Adversus hunc committitur æstimatio iuriiurando actoris in litem, ut quanti is litem æstimarit iuratus, seu quanti iuraverit sua interesse rem initio fuisse exhibitam, vel ex affectu, in tantam summam

28) Gœl ad *L.* 22. *de V. S. n.* 9. caussas & accessiones tunc præsti ri hic docet, quando exhibere iussus contumaciter arbitrio iudicis non paruit. Plane principalem actionem hanc præparatoriæ in eodem libello iungi, & ut vulgo, cumulari posse convenit, cum id ad compendium litium tendat. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 1. *Q.* 7. Sich. *ad Rub. C. b. t. n.* 8. Sixtin. *Conf. Marp.* 13. *n.* 1. & 4. *Vol.* 3. Sed præparatoria ex officio prius expedietur, ac de ea pronunciabitur, Oldend. & Sich. *d. loc.* Sixtin *d. Cons.* 13. *n.* 18.

mam reus damnetur. *L.* 3. *§. præterea*, *L.* 5 *§. idem Iulianus*, *D. ad exhib. L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* Altera est adversus eos, qui nihil neque ante fecerunt dolo malo, neque nunc faciunt, quominus rem exhibeant. Ea autem est iusta & vera æstimatio, ut quanti quidque est re vera, tantum præstare reus iubeatur sententia iudicis: de qua in *L.* 9. *§. ult ad exhib.*

XXXV. Atque his rebus continetur finis & effectus huius iudicii, qua parte actorem attingit. Possessoris finis est, non ille tantum communis, ut actore non probante absolvatur, quod ius publicum est: *L. qui accusare*, *C. de eden.* sed etiam hic, ut si victus rem exhibere debet, & restituere paratus est, indemnitas & ab actore prætetur.

XXXVI. Quæ duarum rerum nomine postulari solet; aut impensarum, quas possessor in rem fecit, aut damnorum, quæ a re, de qua agitur, contigerunt. Impensas, quæ tuendæ rei caussa in dies fiunt, veluti si quis animalia pavit, curavit, servos aluit, vestivit, possessor non deducit, sed agnoscere cogitur, & compensare cum operis rei, quibus ipse usus est. Quod si operis uti non potuit, ut quia servus exhibendus apud officium depositus fuerit, etiam has impensas si quas fecit, possessor deducet: iudicatur hoc in *L. sed etsi.* 11. *§.* 1. *ad exhib.* congruit *L.* 3. *L. pen. D. de imp. in res dot. fac.* Damna ex re contingentia possessori rem restituenti amolienda sunt; & præterita quidem ei præstanda; de futuris autem, si qua possessor metuat, illi cavendum: nec nisi his depensis aut cautione amotis cogitur possessor rem restituere. Præteritum damnum est, veluti si navis mea vi fluminis in alienum agrum delata eo impulsa fruges corrupit, arbores deiecit, crustam sustulit. Non prius possessor cogetur navem meam mihi restituere, quam ei de præteritis istis damnis satisfecero. Futurum damnum est, quod iuste metuas; veluti si dum navem istam meam; dum stercus meum in alieno congestum; dum rudera, quæ ex ædibus in alienam deciderunt, tollere volo, huius rei potestate mihi facta, postea non tota tollam, sed aliquid relinquam, quod alienum oneret. Ego quidem tota tollere debeo, nec aliter mihi conceditur partem ullam tollere, quam si totum tollam. Sed quoniam cum dixero initio me totum sublaturum, fieri potest, ne faciam: adversus hoc periculum adhibetur cautio, ut non aliter mihi tollere concedatur, quam si de futuro isto damno caveam. Hæc de damnis superioribus in his ipsis exemplis indicantur in *L.* 5. *§. idem Iulianus §. item Celsus*, *§. sed etsi ratis*, *ad exh.* Sed & ex ipsa sublatione rei nostræ varie futurum damnum metui potest: si, puta, ad rem meam eruendam extrahendamve suffossione, si ad avehendam iumentis, aut plaustris, aut crebra itione opus sit, quibus rebus aut facies soli mutari, aut sata & segetes lædi possunt. Quapropter & de futuris his damnis prospectum esse debet possessori patienti nos res nostras exhibitas tollere. Quam ad rem valet cautio damni infecti; quæ idcirco ab actore prius exigitur, quam consequatur actor tollendi facultatem. *L.* 9. *§.* 1. in fin. *D. eod.*



HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS PRIMUS.
CAPUT I.

Rectæ actionum in personam institutionis compendiaria descriptio, indicans, quibus, adversus quos, qua de re, cuius præstationis obtinendæ caussa hæ actiones competant; nec aliud genus actionis superesse.

Transitio. Qui ordo & methodus in actionibus in personam tenenda. I.
Non oportere varia talium actionum genera distingui; & quare. II.
Quæ ad rectam actionum in personam institutionem pertinent, ex quibus locis petenda. III.
Singulis obligationibus suarum actionum adiuncta institutio cum iure optimo, tum veterum exemplo. IV.
Tali methodo non officit illa iuris partitio, quod in personas, res, & actiones distribuitur. V.
Cur qui actionum in personam, non idem actionum in rem coniunctus tractationis ordo servatus. VI.
Hoc etiam loco de actionum in personam institutione tractari; sed alia rerum significatione. VII. V.
Item alio de eiusmodi actionibus fine & effectu. VIII.
Finis atque exitus prætoriarum stipulationum ab illo quatenus differat, qui est aliarum in personam actionum communis. IX.

I. Ctionibus in rem cognitis, & iis quæ ad rectam earum institutionem pertinebant, in quem locum superior tractatio desiit: [1] sequuntur in personam actiones, alterum actionum genus, de quo proposuimus, & id unicum, quod restat. Neque enim mistas actiones ullas tam in rem, quam in personam agnosco, de quo disserui ad §. 1. *Inst. de act.* Nam illæ, quæ ita mistæ videri possunt, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, mistæ non sunt, sed in personam dumtaxat, ut illic ostendi. Dicuntur tamen in §. *quædam*, *Instit. de action.* mistam caussam obtinere videri tam in rem, quam in personam. Sed recte videri. Re enim vera non obtinent. Et in actionibus in personam harum quoque rectam institutionem, ut in superiore genere quærimus: eadem illa scilicet, quibus diximus omnem actionis rectam institutio-

1) Vulgo ideo reales præcedere, quia potiores sint, digniores ac firmiores; cum non ut hæ personam sequuntor, sed etiam contra non obligatum competant. Plenioresque quia ex iure in re constituto, cum & personales egestate rei sæpe reddantur inanes, Wesenb. *ad Rub. C. de inoff. test. n.* 1. Sneidvin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 58 Sich. *ad Rub. C. de reb. cred. n.* 2. *&* 3. (ubi n. 4. Principem etiam sine caussa alicui adimere posse actionem in personam; in rem vero non item, quod vix tamen largiendum) Contra Coras. *ad Rub. D. de reb. cred. n.* 6. actiones in personam digniores censet, ex subiecto digniore, persona. Neque enim semper quod potentius, idem dignius esse, cum delegatus a principe ordinario dignior sit, & Dec. *ibid.* referente Fachin 11 *Contr.* 63. Vult. 1. *Disc.* 4. *initio*. Verum Sich. *d. n.* 1. resp. non quia personæ digniores rebus *L.* 2. *de sta hom.* ideo & actiones in personam. Neque enim uti res ipsa petitur; ita & persona, Fach *d. Cap.* 63. Firmiores quoque arguit Coras. esse personales, cum perempta persona non æque, uti reales re exstincta, pereant. Ad quod pariter responderi potest procedere argumentum si persona ipsa peteretur. Ex imo interitu ac amissione rei debitæ æque tollitur actio in personam *supra Lib.* 16. *Cap.* 1. *&* 6.

tutionem contineri: quibus competant; adverſus quos; qua de re; cuius præſtationis obtinendæ cauſſa.

II. In quo explicando non neceſſe habemus diſtinguere initio genera harum actionum, ut in actionibus in rem fecimus. Nam actiones in rem ſingulæ ſuas proprias & diſtinctas cauſſas habent, ut de his cauſſis in commune dici non poſſit idem, quod ad omnes eius generis actiones pertineat: unde neceſſe fuit diſtingui genera, & de ſingulis ſeparatim cognoſci. Actionum autem in perſonam una omnium communis cauſſa eſt [2] obligatio: ſic enim in univerſum deſcribitur in perſonam actio, ut ſit, qua cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid, vel dandum; & ſemper adverſus eumdem locum habet *L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Inſt. de act.* Ex quo & formula loquendi uſitata noſtris, ut dicatur obligatio parere in perſonam actionem, ut in *L. licet, §. ea obligatio, D. de procur.* Iam vero cum obligatio ſit *iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei alicui ſolvendæ*, quomodo definitur *Inſt. de obl.* in prin. apparet cum in perſonis obligationem conſtituentibus, tum in re, itemque præſtatione obligationis propria, communia quædam eſſe obligationum omnium, quæ ut cuique obligationi pariter inſunt, ita poſſint recte de omnibus in commune reſponderi. Sunt autem hæc: In perſonis ſemper duo, inter quos obligatio intercedit; unus, qui obligatur, & aliquid debet; alter, cui hic obligatus eſt, & cui debetur. Ex quibus ille uno verbo debitor appellatur: *L. debitor, D. de verb. ſig.* hic generaliter creditor. *L. creditores, L. creditorum, D. eod.* etſi proprie creditor is eſt, qui alteri aſſentiens in contractu eius fidem ſequitur. *L. 1. D. ſi cert. pet.* Res obligationis id quod ea obligatione debetur. Finis & effectus, huius ipſius rei præſtatio ſive ſolutio. Quæ cum ita ſint, licet iam ex cauſſa effectum æſtimemus. Habet haſce res omnis obligatio. Sint ergo eædem & actionis omnis in perſonam, quæ ex illa cauſſa naſcens eam per omnia ſequitur. Quapropter eſt etiam iam, quod de ſuperioribus illis quatuor in omni actione in perſonam ad rectam iudicii inſtitutionem recte in commune reſpondeamus; competere hoc genus ei, qui alium ſibi obligatum habet, uno verbo, creditori: competere adverſus hunc ipſum, qui illi obligatus eſt: competere de eo, quod ea obligatione debetur, præſtandumve eſt, competere eo, ut quod debetur, quale, quantumve eſt, ita ſolvatur.

III. Ita ſolum huc nunc res redit, ut quæratur, quis cui obligetur, tum quid obligatio quæque contineat ad neceſſitatem præſtationis. Atqui de his omnibus ante diximus in ea parte, quæ eſt de obligationibus. Quis eſt enim, qui alium ſibi obligatum habet? Et cum omnis obligatio naſcatur cuique ex certis cauſſis, nempe is alium obligatum habet, cui cinſmodi aliqua cauſſa conſtituta eſt, ex qua illi vinculum iſtud iuris ad alium adſtringendum natum eſt. Ac de his cauſſis, atque hinc de generibus omnibus obligationum in eo argumento ſatis diximus. Quis eſt, qui obligatur alteri & ei quid debet? Qui ex iiſdem obligationis cauſſis alteri obſtringitur videlicet, de quibus ibidem a me dictum eſt: ut appareat, ex quibus cauſſis intercedit obligatio inter aliquos, ex iiſdem cauſſis naſci ut adverſus alterum actionem in perſonam: extra has cauſſas nunquam cuiquam adverſus alterum eſſe actionem huius generis. Indicat Iuſtinianus in *L. 1. Inſtitut. de act.* qui actionem in perſonam proditam ait, qua agatur cum eo, qui & obligatus eſt vel ex contractu, vel ex maleficio, aut aliis quibuſdam modis: quibus verbis apparet eaſdem actionis in perſonam cauſſas conſtituere, & obligationis. Iam quid eſt illud, quod in obligatione verſatur, & inde præſtandum eſt? Varium omnibus modis; ſed id de quo in obligationibus partim in commune, ubi res tulit, partim in ſingulis generibus obligationum, ſi quid earum proprium fuit, ſeparatim diximus. Quod etſi tum fecimus diligenter; tamen non erit inutile hoc loco monere, ad eam nos cognitionem plurimum iuvari poſſe cognitione earum diviſionum quatuor, quas Iuſtinianus poſtremas poſuit ſub *titul. de action.* Certe diviſiones ad hanc partem expliandam pertinent: docent enim quid quantumque in obligationem & actionem conſtituto iure venire ſoleat extra manifeſtum conſenſum. Primam intelligo, qua ita dividuntur actiones, ut quædam ſint rei perſequendæ cauſſa comparatæ, quædam pœnæ perſequendæ, quædam miſtæ. *§. ſequens, Inſtit. de action.* Quæ diviſio oſtendit, ſi ius conſulitur, non tantum venire in actionem id, quod nobis abeſt, ut præſtandum ſit; ſed etiam interdum facti pœnam.

2) Coraſ. 6. *Miſc.* 5. *n.* 7. Giſan. ad *L.* 25. *de O. & A. n.* 48. ubi in *ſeqq.* 24. differentias actionum in rem & in perſonam percenſet. Diſſ. Vult. 1. *Diſc.* 4. & *ad* §. 1. *I. de act. n.* 4. & *ſeqq.*

nam. Proxima illa divisio est, qua dicuntur actiones omnes vel in simplum conceptæ esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. *§. omnes, Inst. eod.* Hæc divisio aperte, quantum esse soleat in obligatione, præcipue pœnali, indicat. Sequitur illa tertia, qua dicuntur quædam bonæ fidei esse, quædam stricti iuris, & quod tertium huius divitionis genus est quædam arbitrariæ: de qua in *§. actionem, §. præterea, Institution. eod.* Cuius divisionis usus hic est, ut quoniam singulæ species diversas præstationes tacitas a iure acceperunt, eæ quæ & quales sint, in singulis quæramus: de quo ad eos locos satis a nobis dictum videtur. Postrema divisio est, quæ docet quasdam actiones esse, quibus semper solidum, quod nobis debetur, persequimur; quasdam, quibus modo solidum, modo minus; puta quibus aut condemnatur reus in id quod facere potest, aut agitur de peculio, de in rem verso, tributoria. De qua in *§. sunt præterea*, & deinceps usque ad finem *titul. de action.* quam ad divisionem pertinet earum cognitio, quæ competunt adversus patres, dominos, exercitores navis, dominos mercis ex contractibus filiorum, servorum, magistrorum, institorum: de quibus Tituli continenter, *Quod cum eo qui in alie. potest. est, negot. gest. esse dic.* & Titulus *de noxal. action.* Nos autem de his inter obligationes abunde suis locis diximus. Postremo quænam est illa rei debitæ præstatio & solutio, quam obligationis & actionis in personam finem statuimus? nempe ut cum omnis obligatio in dando fit, aut in faciendo, id ipsum detur, aut fiat. *L. 2. in princip. D. de verbor. obligation. L. actionum, D. de obligatio. & action.* In quo adversus eum, qui non det aut faciat, quæ condemnatio esse debeat, etiam suo loco in vi obligationum diximus.

IV. Cum ergo superiores partes in tractatu obligationum diligenter a nobis sint expositæ, simul & de actionibus in personam, deque omni recta earum institutione satis dictum esse existimare debemus. Neque enim difficile est ex caussa effectum, præsertim qui necessario sequatur, colligere. Et tamen ne quid hic admodum opus sit collectione, etiam singulis generibus obligationum adiunximus suas actiones, indicavimusque, quæ quibus, adversus quos, qua de re, cuius præstationis obtinendæ caussa competerent, quia ex his vis & potestas cuiusque obligationis intelligeretur. Idem fecerunt omnes iuris auctores, quoties de obligatione aliqua tractarunt. Nam sermone de aliquo genere obligationis instituto, statim contulerunt orationem ad actionem, quæ inde nascitur, & ostenderunt, cui, adversus quem, qua de re, & quam ad præstationem pro qualitate obligationis cuiusque actio competeret. Ut observare possumus cum in aliis titulis huius generis, tum maxime in his, de negotiis gestis, de constituta pecunia, commodati, depositi, mandati, locati. Quod & ipsum factum videmus in Institutionibus; ut *tit. quib. mod. re cont. obl. tit. de verb. obl.* in pr. *tit. de oblig. quæ ex quas. contr. §. 1.* In quo neque veteres rectum ordinem docendi perverterunt, neque nos eum, quem in his tractandis nobis præscripsimus, conturbamus.

V. Etsi enim ita est divisio iuris, quæ & nobis proposita est, ut ius omne pertineat aut ad personas, aut ad res, aut ad actiones; in quo apparet res ab actionibus distingui; proinde & obligationes, quæ numerantur inter res incorporales, ab actionibus: tamen in ista actionum in personam cum obligationibus coniunctione nihil adversus superiorem divisionem & institutum nostrum facimus. Meminisse enim oportet eius, quod initio huius tractationis monuimus, actionis verbum bifariam accipi. Uno modo, ut significetur ius agendi: quomodo definitur *Inst. de act.* in pr. Altero, ut sit ipsa persecutio, cum scilicet ius agendi ad rem confertur, deduciturque in iudicium. Si hoc verbo ius agendi intelligimus, sine dubio actio res est non minus quam obligatio: quinimmo multo magis, cum obligatio, qua quis tenetur, magis sit in persona obligati: actio autem quæ nostra est, sit in bonis nostris & patrimonio, denique pars bonorum. *L. bonorum*; in fin. *D. de ver. sig. L. pœnales, D. ad leg. Fal.* Qua ratione & inter res incorporales recte numeratur. At de hoc iure sentimus, cum de actione in personam agimus inter obligationes: de quo & veteres sentiunt, ut licet intelligere ex definitione actionis; quam in eo argumento versantes definiunt ius iudicio persequendi. *d. tit. Instit. de act.* in princ. Quod si actionis verbo intelligimus ipsam iudicii persecutionem; quæ in facto consistit, hæc vero res non est, eoque & a rebus, & ab ipso illo iure agendi, quod in actione esse diximus, omnino distinguitur. Ac de ea persecutione superior divisio iuris accipienda est. De ea & nunc separatim agimus, neque eam cum rebus permiscemus: sic tamen utrumque, ut velimus intelligi, hanc ipsam persecutionem iudicii ex iure agendi effici omnino & pendere. Neque hic quidquam dici-

dicimus proprium actionum in personam. Ipsæ adeo actiones in rem, quatenus hoc verbo ius agendi in rem significatur, res sint, & inter iura rerum privatarum recte collocantur, si usus ferat. Quod & nos secuti in servitutibus, coniunctim eum his diximus etiam de earum vindicatione: quia servitutum conditio hanc coniunctionem exigere videbatur. Cæteras actiones in rem in hunc locum retulimus, in quo de persecutione iudicii agitur: quia & ad eum pertinent, quatenus in his ipsam vindicandi actionem, quæ tractatur in iudicio, cogitamus.

VI. Cur ergo de actionibus in personam omnibus egimus coniunctim eum obligatione cuiusque actionis propria, in actionibus autem in rem non idem servamus? Rerum conditio & coniunctio in caussa est. Obligationis omnis hæc 3 conditio est, non modo ut eum sua actione necessario vinculo sit coniuncta, sed ut ne sine ea quidem possit intelligi. Nam si obligatio est iuris vinculum, quo necessitate quis adstringitur ad aliquid præstandum; satis intelligitur omnem vim, & potestatem obligationis positam esse in ea necessitate præstandi. Atqui ea necessitas est in actione in personam. Hæc enim est, quæ illam necessitatem adfert, dum iudicio conventum eum, qui obligatus erat, cogit per iudicem præstare id, quod debuit: & quatenus hæc necessitas est actionis, eatenus progreditur obligatio, non longius. Quare si hac necessitate præstandi non cognita, quid sit obligatio, non intelligitur, nec sine sua actione potest intelligi, quæ hanc necessitatem continet. Quid, quod si quis qui obligatus erat, recuset dare aut facere, quod debet; non alia hic obtinendi iuris nostri adversus invitum ratio est, quam per actionem? ut profecto ab obligatione non possit divelli actio, quæ una hic ius nostrum quod ab obligatione est, nobis tuetur. Non sunt in eadem caussa actiones in rem. Nam qui dominus est alicuius rei, aut rem alio modo ad ius suum pertinentem possidet, potest hoc ius suum tenere etiam adversus invitos, quamvis actionem in rem non habeat, aut non exerceat. Potest enim possidens vi defendere adversus vim: potest defendere iusto iudicio vel infitiatione sola, vel exceptione. Quæ res ostendit nihil esse incommodi actiones in rem a iure privato rerum nostrarum seiungere, ut seorsim a rebus & conjunctim ipsæ inter se omnes uno in loco tractentur. Quod & nos fecimus, & in hanc partem eas ante retulimus. Non tamen ideo solum, quia per conditionem rerum, quarum nomine illæ actiones competunt, id facere licebat: sed maxime quia salvis rebus commoditas docendi videbatur id postulare. Nam actiones in rem numero paucæ sunt: ut non difficile nec longum fuerit eas unum in locum conducere. Porro earum coniunctio & comparatio inter se magnopere ad earum cognitionem conducit. Sic enim fit, ut ex similitudine & dissimilitudine singularum, facilius perspiciatur, & certius, quæ & quales sint singulæ.

VII. Illuc redeo; cum de obligatione omni, caussis & præstatione eius supra dixerimus, adiunxerimus etiam cuique suas actiones, idque opportuno loco; abunde huic parti satisfactum videri, in qua de recta actionis institutione quæritur. Tantum monere satis est, nos & inter obligationes coniunctim egisse de actionibus in personam, & de iisdem etiam nunc agere: sed prius egisse de iure agendi, quod actionis verbo illic intelligi volumus, & voluerunt veteres: hic agere de ipsa persecutione, quæ in iudicium deducitur. Hanc persecutionem rem quidem novam esse & distinctam a iure agendi: sed tamen eiusmodi, quæ rectam institutionem eum iure agendi communem habeat. Tantum enim quisque in iudicium deducere potest effectum iuris sui secutus, quantum prius in iure suo habuit, idest in caussa iuris sui exsequendi.

VIII. Est tamen nonnihil, quod ad finem simul & effectum actionis in personam pertinens superioribus adiicelamus, quod ante in tractatione obligationum forte prætermissum hoc potissimum loco, id est extremo, commode inseri posse videtur. Id tale est. Cum omnis actio in personam eo spectet, ut detur quid aut fiat. *L. actionum, de oblig. & act.* Quid fiet, si id petitum datum aut factum non erit? Nempe hoc superest, ut quanti quæque res est, quæ præstari debet, tanti lis æstimetur a iudice, a quo & reus in tantam pecuniam condemnetur, de quo & inter obligationes, dictum a nobis est, eum quæreremus, quid quantumque in obligationem dandi faciendive veniret. Hic ergo quæri solet, quomodo res quæque hic æstimari debeat, ex vero ne, an ex actoris affectu. Et generaliter probatum est, unamquamque rem ex 4 vero æsti-

3) Confer Gregor. Lopez. *Animadv. Cap.* 10. n. 2.

4) Vid. *supra Lib.* 8. *Cap.* 24. n. 14. *N.* 11. & 12. Et iusto pretio rerum; quodnam, unde cognoscatur & æsti-

æstimandam, & quod veteres dixerunt; *pretia rerum non ex affectione & utilitate singulorum, sed communiter fungi*, scilicet ut tanti sit res quæque, quanti omnibus valet. *L. si servum*, 33. *D. ad leg. Aquil. L. pretia, D. ad leg. Falc.* Et hæc quidem hactenus ex superioribus pro loco intelligi potuerunt. Nunc hic monendi locus est, quod dicere cœperam, hoc ita esse, nisi actio iusiurandum in litem admittat. Hic enim iurat quisque, & æstimat rem, quanti esse iudicat etiam ex affectione. Iam vero huic iuriiurando locum esse, etiam in actionibus in personam. Sed primum pro communi lege huius iuriiurandi adversus eum tantum, qui dolo malo faciat feceritve, quominus rem quam debuit, præstet. Deinde cum hac exceptione, ut ne sit huic iuriiurando locus in actionibus huius generis omnibus, ut fit in omnibus actionibus principalibus in rem & in actione ad exhibendum; sed solum in actionibus bonæ fidei, ut traditur in *L.* 5. *D. de in lit. iur.* ac ne in his quidem omnibus, sed iis dumtaxat, quibus id agitur, ut res a nobis perfecta nobis restituatur, ut commodati, depositi, locati, dotis, & similibus, ut docuimus ad *d. L. fi. de in lit. iur.*

IX. Sed & quod dicimus, si quis non det aut faciat, quod debet, finem & exitum iudicii hunc esse, ut damnetur reus in litis æstimationem, & æstimationem talem, qualem modo diximus; in omnibus fere actionibus in personam perpetuum est. In uno genere prætoriarum stipulationum locum non habet. Harum stipulationum petitio inter actiones in personam numeratur. *L. actionis, D. de oblig. & act.* quæ qua ex obligatione nascatur, & unde obligatio, sequenti Capite ut in loco mihi constitutum breviter dicere. Nunc hoc concesso, quod inde sumetur stipulationes prætorias, quas ab illo per magistratum petere possimus, tres esse, damni infecti, legatorum servandorum caussa, rem pupilli vel adulti salvam fore: de his monendi sumus, si quis eorum, a quibus hæ satisdationes iure exiguntur, eas non præstet, ut debet, nullam hic fieri condemnationem adversus recusantem, in id quod petitoris interest; sed reum hunc pati exitum, ut ex duabus prioribus mittatur petitor in possessionem rerum custodiæ caussa, ex tertia tutor aut curator removeatur a munere publico. Idque fit hoc modo. Si quis ob ædes vitiosas desideranti vicino non cavet damni infecti, mittitur vicinus in possessionem earum ædium, quarum nomine caveri oportebat. *L. prætor, D. de damn. inf.* Si petentibus legatariis quibus quid legatum est in diem aut sub conditione, heres non satisdet legatorum servandorum caussa, quæ satisdatio iure ei iniungitur, de quo *tit. D. & C. ut leg. seu fid. nomi. cau.* mittuntur legatarii in possessionem rerum hereditariarum, ut per custodiam earum sibi legata servent in eum diem, cum aut dies legati venerit, aut conditio exstiterit: in quam sententiam est alter Titulus sequens, *ut in poss. leg. seu fid. causs. esse lic.* Si tutor aut curator desiderantibus pupillis vel adultis, aut propinquis amicisve eorum, iubente prætore non satisdet rem pupilli vel adulti salvam fore, petitionis exitus hic est, ut removeatur ille a tutela, hic a cura: uterque si inopia id faciat, sive infamia: si fraude, etiam cum nota. *L.* 1. *L.* 2. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Quibus breviter, & in universum cognitis de actionibus in personam, nihil videtur esse in re, quod ad certam earum institutionem informandam admodum requiramus. Dixi in re, quia de nomine actionis dubitari solet, an necesse sit id exprimi ad actionem recte instituendam: de quo etiam sequenti Capite aliquid attingemus.

CAP.

æstimandum sit, vid. Vir. *Lib.* 1. *Decis.* 70. Coler. *de Process. exsec. P.* 3. *Cap.* 9. *n.* 144. *& seqq. & Cons.* 29. *n.* 16. *et seq. & n.* 174. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 22. *n.* 67. fuse Io. Bapt. Asin. *Tract. de Exsecut.* §. 7. *C.* 170. *& seqq.*

CAP. II.

Quæ sint divisiones actionum in personam, quæ nomina & quam varia: horum quæ significatio, & quis usus.

Quorsum spectant actionum in personam tot divisiones & nomina. Hinc investigari tria oportere; & quæ. I.

1. *An & quo iure constitutæ sunt, Hac de re obtinuisse apud veteres, actionum divisionem in civiles prætorias, & ordinarias. Quid harum singulæ.* II.

Item divisionem actionis utilis & directæ. Compendiaria utriusque descriptio. III.

2. *Quæ sint; & qui nuncupentur actiones huiusmodi. Quædam nomina ad genera summa revocari; quædam ad subiectas species.* IV.

Ad genera summa actionem sive condictionem; Interdictum, cognitiones extraordinarias, prætorias stipulationes reduci. V.

Quid sit actio in specie, sive condictio; unde condictionis origo. VI.

Quid interdictum, & quotuplex; quæ nominis derivatio. VII.

Quid cognitiones prætoriæ, & unde dictæ. VIII.

Quid prætoriæ stipulationes, & quatenus actiones nuncupatæ; tres istæ. Singulæ breviter exponuntur. IX. X.

Ad species generibus subiectas pertinere in personam actiones quæ ducuntur ex communibus octo locis. XI.

Compendiaria cuiusque descriptio:
- *A caussa efficiente.* XII.
- *A re ipsa petita.* XIII.
- *A forma agendi.* XIV.
- *A fine & effectu.* XV.
- *A nomine legis.* XVI.
- *Ab auctore.* XVII.
- *A personis contrahentium.* XVIII.
- *A primis edicti verbis.* XIX.

Solemnia actionum nomina moribus nostris ab usu recessisse iudiciorum. XX.

3. *Actiones eædem quales sint. Huius loci propria divisio, quæ actionum ordinem inter se mutuum designat: & quæ hæc sit.* XXI.

Item divisio actionum illa, quæ qualitatem & quantitatem præstationis continet. Quadruplex ista, & quæ. XXII.

Item divisio quæ probandi onus & necessitatem expedit. Hæc cuiusmodi. XXIII.

Item divisio, quæ iudicii vim atque exitum spectat. Qualis hæc, quæ nominum significatio, & quis divisionis usus. XXIV. XXV. XXVI.

Directe *actionis significatio triplex; & quomodo una dignoscatur ab altera.* XXVII.

I. SEd si nihil superest in re, quod de recta actionum in personam institutione quæramus amplius, quam supra ostendimus: quid sibi volunt tot divisiones actionum in personam, tot & tam varia earum nomina, quæ passim in libris nostris occurrunt? Divisiones hæ sunt, & nomina ipsarum rerum significandarum caussa comparata, quæ res in obligatione, & omni actione recte instituenda versantur, nihil amplius: ut propterea nihil mutetur in rebus, sed per omnia eædem res, & solæ maneant, de quibus diximus. Et tamen ne quid in his nos falsos habeant, operæ pretium est, quæ sint eæ [1] divisiones & nomina, quamque significationem & usum habeant, cognoscere: ne si, cum inciderint, ignorentur, aut non intelligantur res his subiectæ, aut in his amplius aliquid de rebus ad actiones in personam pertinentibus subesse, eoque & quærendum esse putemus, quam necesse est, & quam supra posuimus. Quæ ut facilius & certius cognosci possint, animadverti debet comparata esse omnia ad explicanda: vel potius indicanda ea, quæ de omni actione in personam quæri solent. Ea, ut in alia re qualibet, sic in actione naturæ ordine tria sunt. Primum, cum caussa aliqua exsistet, ex qua æquum putemus nobis

1) De divisionibus actionum, earumque usu adde Duar. *ad tit. D. de O. & A. Cap.* 8. P. Greg. 21. *synt.* 8. *n.* 10. *& seqq.* Arnold. ab Haersolte *in Prolegom. de Act. in genere*, Bodin. *Distrib. iur. pag.* 41 *& seqq.* Vult. *in* §. 1. *I. de act. n.* 32. *& seqq.*

bis ab aliquo quid præstari debere, an sit aliqua eo nomine actio Secundum, si est aliqua, quæ sit, & quo nomine appelletur. Tertium, cum actionem esse constabit, & nomen tenebimus, qualis sit, & quid contineat ea actio. Sic sunt, inquam, divisiones istæ & nomina actionum in personam, non quidem, ut omnia ad omnes istas partes: sed tamen ut singula ad unam aliquam ex his explicandam referantur.

II. Principio igitur cum quæritur, an sit aliqua actio, quæstio in eo est, an sit iure constituta. Hanc enim ius cuique tribuit, ac sine eo actio nulla est; quantumvis iusta aliqua nobis videatur petendi quid caussa subesse. Unde & actio definitur ius persequendi: ubi verbo iuris constat significari potestatem iure tributam. Sic autem iure constitutam intelligemus, si aliqua parte iuris sit constituta. Id vero factum esse, & qua parte iuris factum sit, docet illa divisio haud dubie ad hanc ipsam rem comparata, cum ita dividuntur actiones omnes, proinde & actiones in personam, ut dicantur aut civiles esse, aut prætoriæ seu honorariæ, aut extraordinariæ seu extraordinarij iuris persecutiones. Exstant duo priora membra in *L. actionum, §. ultim. D. de obligation. & action.* tria integra traduntur in *L. pecuniæ, §. penult. & ultim. D. de verb. signific.* In quo ne quis existimet constitui aliquas actiones, quæ novas aliquas agendi caussas habeant, præter eas quas obligationis cuiusque ante posuimus: exstat & obligationum eadem plane divisio in *§. 1. Institut. de obligation.* unde & horum generum in actionibus definitionem petere licebit. [2] Civiles ergo sunt, quæ iure civili constitutæ sunt, & ut alibi loquitur Iustinianus, quæ ex legitimis & civilibus caussis, id est legibus & iure civili confirmatis descendunt. *§. sed illæ, Institut. de action.* Iure civili constitutas actiones ex his fere partibus iuris civilis legimus; legibus, plebiscitis, constitutionibus principum, legibus; ut lege duodecim tabularum de pauperie. *L. 1. D. si quad. paup. fec. dic.* Item arborum furtim cæsarum. *L. 1. D. arbor. furt. cæs.* [3] Plebiscitis: ut lege Aquilia de damno dato. Nam hæc lex plebiscitum est. *L. 1. D. ad leg. Aquil.* Constitutionibus: quales sunt quæ indicantur in *§. tripli, §. item ex lege, Institution. de action.* [4] Prætoriæ,

2) Quæ & eodem sensu legitimæ *L. 14. §. ult. de præsc. verb.* Nec legitima ea solum, quæ ex 12. tabulis, Civilis vero ea aliis partibus iuris, ut Mudæ *in §. 3. I. de act. n. 9.* Nam *d. §. 3.* dicitur ea legitimis, *& civilibus* caussis coniunctim, non, *aut civilibus*. Ac etsi legitimum stricte quod ex lege, una parte iuris civilis, latius tamen usu iuris & quod ex aliis, quæ etsi non verbo, ast vi ac potestate leges sunt. Sic legitima conventio ex Senatusconsulto *L. 6. de pact.* hereditas *L. 3. §. 2. Pro Soc.* iunct. *L. 3. in fin. de pet. her.* Don. noster *ad d. §. 3. n. 7.* Ducta vero hæc divisio ex caussa efficiente, Vult. in *d. §. 3. n. 1. & in §. 1. eod. n. 32.* Mudæ. *in d. §. 3. n. 2.* Bodin. *Distrib. iur. pag. 44.* Gisan ad *L. 25. de O. & A. n. 105.* Plane ut actio civilis esse cognoscatur spectari vult Sneidoin. *in d. §. 3. n. 10.* (1) Personam actoris, utrum ei Lex det actionem: non autem Rei, utrum iure prætorio etiam contra aliam personam detur, ut rei vindicatio contra illum qui dolo possessionem amisit. (2) Originem actionis an aliqua parte iuris civilis inducta sit. Sed verius est ex neutrius litigatoris persona hoc æstimari. Nam quod ius agentis ea persona actoris metimur *L. 1. §. 1. Si pars her. pet.* aliorsum spectat. Nec tantum dici civiles quod aliqua parte iuris civilis proditæ, sed quod ex legitimis & civilibus caussis descendant *d. §. 3.* ubi Vult. *n. 2. & in §. 1. l. eod. n. 32.* quæ nempe illis ipsis iuris partibus ad agendum constitutæ ac idoneæ iudicatæ, ex quibus actio oritur. Etsi enim caussas aliquas harum actionum ius civile per se improbat, ut delicti: tamen ad agendum iustas esse agnoscit, & ob id dat actionem, ut coerceantur. Don. *in d. §. 3 n. 9* Nec etiam Civiles tantum, quæ constitutæ certo iure civili, sed & quæ eo comprobatæ ac confirmatæ. Ut quæ ex dominio, servitutibus, ac contractibus iurisgentium, Don. *d. loc n 14* Gisan. ad *d. L. 25 n. 106.* Vult. *ad pr. I. de act n. 32.* Nam qui ipsamque originem omnium actionum iuri civili Romano adscribunt, adeoque usum earum 12. tabulis antiquiorem esse infitentur, vix est ut in iis refellendis digna collocetur opera. Perfectiora certe non in florentioribus solum Græcorum Rebuspublicis, sed & aliis aliarum gentium quibusdam iudicia fuerunt, quam in ipsa Roma, Romanaque ditione, angustis tunc finibus terminata, proinde post mutuatas illas ab Atheniensibus leges sub incunabulis ferme nascentis aut certe lactantis adhuc & balbutientis, si ita loqui licet, Reipublicæ Romanæ.

3) Num & ex responsis Prudentum? Ita volunt Mudæ. *ad d. §. 3. I. de act n 9.* Vult *ibid. n. 4.* P. Greg. 21. *Synt* 8 *n. 55* Hot. *ad d. §. 3.* qui negatorias actiones ad similitudinem confessoriarum a Iurisconsultis institutas esse scribit. Contra Donell *in d §. 3. n. 10.* (1) quia non fuit Prudentum actiones constituere ex aliqua caussa, sed an & quæ prodita sit, interpretari ac ostendere; datas denique componere ac certis formulis includere, *L. 2. §. 6. de O. I.* Ita vero puto. Novæ & peculiares actiones nunquam a Iurisconsultis excogitatæ, in quo errat Hotomannus, eorum tamen interpretatione actiones iure civili proditæ sæpe ad casus similes productæ, quæ utiles civiles, ut Vult. *d. n. 4.* vid. *infra n. 3. N. 8.*

4) Prætorias tripliciter dici, ex Ang. *ad §. 3. I. de act. n. 1.* refert Sneidvin. *ibid. n. 12.* (1) Inventione ac origine, quæ a Prætore deficiente civili inducta. 2) Extentione: Talem esse Rei vindicationem contra eum, qui dolo possidere desiit. (Quo & alii referunt Petitionem hereditatis possessoriam, quod actionem civilem prætor extendat ad bonorum possessorem, Arn. ab Haersolte *Prolegom. de Act. in generi n* 23. vid. Mudæ. *ad d. §. 3. n. 15*) (3) Approbatione, ut actio Commodati *L. 1. Commod.* Sed immo eæ solum prætoriæ, ut est *d. §. 3.* quas prætor ex sua iurisdictione (id est edicto. Sic enim alibi passim iurisdictio pro edicto *L. 1. §. pen. de postul. L. 7. de iurisdict. L. 11. de in ius voc & simil.* Coras. *ad d §. 3. n. 3.* Quia edicta, pars iurisdictionis prætoriæ Don. *ibid n. 11.*) comparatas habet, id est constituit *§. 1. I. de obl.* seu facit, ut sint paratæ iis, quibus proponuntur, Don. *d. n 11* Non autem dicitur quas approbavit Munf *ibid. n 3* Quare origo hic spectanda. Nec uti ea quoque actio civilis, quæ iure civili confirmata, ut *supra N. 2.* ita ea quoque prætoria, quæ prætoris edicto. Ius enim civile actiones iurisgentium comprobando constituere easdem & inducere in civitatem videtur, quæ non admissæ non tenerent. Prætor autem eas actiones, quæ legis auctoritate valent, edictis suis pollicendo, constituere illas non videtur, quæ sine auctoritate illius eædem futuræ, Don. *ad d. § 3 n. 14.* Quare si quæ actiones ante LL. constitutæ, edicto prætoris monitorio propositæ naturam non mutant, sed manent civiles, ut a-

ctio

riæ, quæ eædem honorariæ, sunt, quæ iure prætorio, seu prætoris edicto sunt introductæ: quales commemorantur in §. *in personam, Institut. de action.* Extraordinariæ seu extraordinarii iuris persecutiones sunt actiones in personam, quæ nullo iure certo ab initio introductæ sunt; sed primo propter utilitatem in iudiciis admissæ, paulatim postea invalescente usu abierunt tandem in assiduam iurisdictionem. Exemplo est [5] fideicommissi, persecutio quæ in *d. L. pecuniæ, §. penult. & ultim. de verbor. signification.* non alia de caussa dicitur extraordinaria, & extraordinarii iuris, quam quod paulatim ita in usum venit, ut modo diximus: cum ab initio fideicommissa nulla necessitate iuris, sed tantum pudore & fide eorum a quibus relicta erant, continerentur: quæ eorum origo & progressus eleganter describitur *Inst. de fid. her.* in prin. Quis ergo huius divisionis usus? Is quem paulo ante indicavi, ut admoneamur tunc solum actionem esse de re aliqua, cum constituta est aliquo iure: Id ius esse aut civile, aut prætorium, aut usu receptum. Quorum unum aliquod cum quærendum esset & probandum veteribus si adversarius negaret actori ullam esse actionem, ideo & necessarius illis usus huius divisionis fuit. Hodie nobis divisio non est necessaria. Ius enim compositum habemus in libris nostris publicæ auctoritatis, quod sequamur. In his si qua actio non constituitur, actio nulla est. Si qua constituitur, hæc abunde iusta est, quæ ex his vim & auctoritatem accepit. Quo constituto, frustra ad aliam vim quæramus amplius, quo iure primum actio fuerit introducta, utrum lege, an plebiscito, aut constitutionibus, aut iure prætorio, aut quo alio iure. Valere utrimque hæc investigatio ad cognitionem historiæ potest: ad vim actioni conciliandam, quæ nunc quæritur, [6] nihil facit.

III. Eodem pertinet illa superiori coniuncta divisio, qua actionum quædam dicuntur esse directæ, quædam utiles: extat in *L. actionis, D. de oblig. & act. L. actio, 47. D. de negot. gest.* Directa, quam utili opponimus, vocatur, quæ verbis legis proposita est de ea specie, de qua agitur; quasi dicas eam, quæ verbis ipsis dirigatur, id est [7] recta feratur ad eam

ctio Commodati L. 17. §. 2. *Commod.* iunct. *L. 1. pr. eod.* Don. *d. n.* 14. Mynf *ibid. n.* 4. Harpr. *n.* 10. *& seqq.* Gifan. ad *L.* 25. *de O. & A. n.* 107. Nec si actio legitur a prætore dari, ideo prætoria, cum in eo reliquiæ extent iuris veteris, quo impetrari solebat actio, & dari a prætore etiam civilis, Mudæ *in d. §. 3. n.* 10. Duar. *de O. & A. Cap.* 8. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 97. Tametsi quoque civiles ipso iure competere dicantur §. 1. *I. de perp. & temp. act.* & Prætoriæ dari. Plane si non nuda & simplex approbatio, sed quæ aliquid novæ adiectionis contineat, per extensionem: ea ratione prætoria actio recte dicitur, ut Mynf. *d. loc. n.* 6. Veluti Rei vindicatio contra dolo desinentem possidere: Quia etsi non sit inventum prætoris quod domino datur rei vindicatio: est tamen id, quod contra eum datur, qui non possidet, Mudæ. *in d. §. 3. n.* 12. *&* 15. vid *supra Lib.* 20. *Cap.* 3. *N.* 4. *in fin.* Prætoriis accensendæ ædilitiæ, quæ illarum nomine continentur *L. 5. pr. de V. O. §. 1. I. de divis. stip.* non natura: sed ex similitudine, uti a parte præcipua res denominari solet, Don. *in d. §. 3. n.* 13. *& ad d. L.* 5. Duar. *de O & A. Cap.* 8. Cuiac. 8. *Obs.* 38. Quæritur, num actiones Ducum vel Marchionum LL. provincialibus aut statutis inductæ civiles an prætoriæ. Veluti si hereditas alicui iure statutario delata, ad quem iure communi non pertinet: num petitio hereditatis inde civilis an prætoria? Posterius probat Mynf. *in d. §. 3. n.* 8. quia omnes magistratus post Imperatorem proximiores sint prætoris iurisdictioni, quam ullius alterius magistratus Romani, & Mudæ, *ibid. n.* 16. ac Sneidvin *n.* 7. excipientes solum duces superiorem non agnoscentes, seu quibus regia potestas. Verum ammo cum perpetua hodie Principum imperii sit iurisdictio, cumque in suis quisque ditionibus iura Cæsaris habere censeatur, ut not. *supra Lib.* 17. *Cap.* 9. *N.* 7. consequens est eos in locum Prætorum & præsidum non successisse: adeoque eorum constitutiones Prætoriæ iuris portionem non esse: sed a suis subditis pro LL. custodiendas, quibus & nec ipsi auctores adstricti, & inconsulto Imperatore rogare eas & abrogare possunt. Fac *L. 9. de iust. & iur. L. 13. §. 1. Com. præd. L. ult. de decret. ab ord. L. 25. ad municip. L. 1. C. de emancip.* vid Ulill. *in §. 3. vers. alia autem I. de act. n.* 18. *& seq.* Lonot. *Tr. de Act. Axiom.* 4. Fortun Garcia *ad L. 7. §. 7. de pact. n.* 14. Guerin. Piso. Soaec. *de Roman. & Venet. Magistra. inter se comparatione n.* 112. Val. Gud. Foss. *Tract. tollin. P. 2. Disput. 1. Th. 2. lit. C.* Barthol Musculus *de Success. convent. Membro 1. Class. 1. Concl. 1. lit. D n.* 18. *& seqq.* aliique ab eo citati.

5) Huc refert Goed. ad *L. 34. de V. S. n.* 5. restitutionem in integrum, bonorum possessionis postulationem. Item missionis in possessionem, ac cautionis prætoriæ; Salarii denique advocatorum, medicorum &c. exactionem. Ibid *n.* 13. varie dici actiones extraordinarias (1) ratione solemnitatis impetrandi, quod hodie sublatum (2) ratione caussæ efficientis & originis. Ita prætoriæ civilibus & utiles directis collatæ extraordinariæ *L. 47. de neg. gest.* quæ differentia superest. (3) genere persequendi ut *L. ult. de furt.* cuius differentiæ etiamnum usus est; P Greg 21, *Synt* 8. *n.* 10. Extraordinarias dici, quæ vel iure quidem scripto, ast sine forma communi expediuntur, ut restitutio in integrum: vel arbitrio iudicis ex æquitate iure scripto deficiente, nobilique, ut vulgo iudicis officio. add. *not. supra Lib.* 19. *C.* 1. *N.* 10. Ant. Fab. 4. *Coniect.* 7. Vult. *ad princ. I. de act. n* 38. *& seq.*

6) Labitur hic noster. Nam adhuc insignis differentia quia prætoriæ plereque annales, civiles perpetuæ *princ. I. de perp. & temp. act. L. 35. de O. & A.* supra *Lib.* 16. *Cap.* 8. Mudæ. *in §. 3. I. de act. n.* 16. Gifan. ad *d. L.* 35. *n.* 4. Barth. Musc. *de Success. convent. Membro 1. Concl. 1. lit. D. n.* 21.

7) Et recta dator alicui & in aliquem; quasi in eum ipsa legis verba dirigantur, Don. *ad §. 4. I. de act. n.* 11. Baro in §. 2. *I. de fideic. hered.* directum dici, quod recto iure antiquo fit, nullius interpretationis indigum, qua ad consequentiam ius antiquum produci solet. Vult. 2. *Iurispr.* 4 *n.* 13. *& ad §. 1. I. de act. n.* 33. Directam dici, quæ ex ipsis legis vel edicti verbis expressis datur: formula in ea intentanda ex ipsis verbis legis seu edicti desumpta, Add. Duar. *de O. & A. Cap.* 7. Coras. *ad §. 4. I. de act. n.* 4. P. Gregor. 21 *Synt.* 8. *n.* 17. qui ex verbis legis, *vel contrahentium* dari scribit. (Quæ adiectio non probanda, Nam & præscriptis verbis actiones utiles sunt, ex verbis tamen contrahentium, vid. *Tr. de Præscr. verb. Cap.* 22.) Et hæc non datur alii nisi cui lex vel iuris aliqua pars expressim proposuit, vel qui eam suo facto, & negotio nempe inito, sibi peperit, accedente tamen & assistente iuris confirmatione. Eademque intra viscera eius, cui parata est, ita hæret, ut divelli ab eo nequeat, nec in eum, cui cessio facta est, recta transire potest, Curt. 3. *Coniect. ad Vev.* 1. vid *supra Lib.* 15. *Cap.* 44. *n.* 18. Vocaturque ordinaria *L.* 1. *C. de rei* al.

eam speciem. Utilis ea, quæ [g] cessantibus verbis legis inducitur ex sententia, recipiturque propter eandem utilitatem: quorum utrumque declaratur accommodatis exemplis ex l ge Aquilia, in *§. ult. Instit. de leg. Aqui.* Divisionis usus hic, ut doceat, cum de actione quæritur, an iure introducta sit, necne, non eam solum iustam & legitimam haberi debere, quæ ex superioribus partibus iuris directa est, sed etiam eam, quæ est utilis. Quippe utilem dici, quæ sit ex sententia legis. Non minus porro ex lege est, quod est ex sententia, quam quod ex verbis. Idque est quod scribitur in *L. nominis, §. 1. D. de verb. signific.* verbum ex leg bus sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis: & recte, cum lex sit, non quod scripsit, sed quod voluit. *L. non dubium, C. de legib.* Inde dictum utram-

al. pig. specialius civilis *L.* 14. *de precar.* ut *supra Lib.* 14. *Cap.* 34 *n.* 7. & legitima *L.* 22. *§. ult. de aq. pl. arc.* Vult. *ad d. §.* 1 *n.* 33. Etsi alias & plures utiles actiones civiles, nec omnes prætoriæ *§. ult.* 1. *de L. Aq.* (ubi utilis actio L. Aquiliæ ab actione prætoria discernitur) *L. pen. si quadr. paup. L.* 6. *C. de transf. L.* 45. *de her. inst.* Vult. *ad §.* 4. *I. h. t. n.* 4. Gœd. *ad L.* 6. *§.* 1. *de V. S. n.* 20. Hortens. *ad L.* 1 *§.* 1. *de eo quod cer. lo.* Ant. Fab. 63. *Err. Prag.* 9. Enimvero omnes tamen prætoriæ sunt utiles ad ius civile relatæ. Nam & quæ verbis edicti propositæ, ea sententia & ratione iuris civilis ducuntur ad casus similes lege omissos, Baro ad *L.* 12. *de minor* Donel. *ad d. §.* 4. *n* 11. per ea quæ *supra Lib.* 1. *Cap.* 8 *n.* 13. Atque ita directa actio opponitur prætoriæ *d. §.* 4. *I. de act. L.* 26. *§.* 2. *&* 4. *de non. act.* Briss *Lib.* 4. *de V. S.* v. *Directa. Vult.* 2. *Iurispr.* 4. *n* 11. Quomodo Publiciana utilis comparata cum rei vindicatione *d §.* 4. ubi Coras. *n.* 4. Myns. *n.* 9. & Vult. *n.* 11. Et superficiaria utilis *L.* 16. *§. ult. de pign. act.* etsi ex verbis edicti *L.* 1. *princ. de superfic.* Ast si ipsum ius Prætorium spectamus, directæ quoque dici possunt, quæ ipsis verbis edictorum proditæ: utiles, quæ ex ratione vel interpretatione productæ. Myns. & Coras. *d. loc.* Sic Quasi Publiciana *L.* 70. *de R. V.* idest utilis Coras. *d. n.* 4. Quasi Serviana *§.* 7. *I. de act.* quæ vocatur utilis & ad exemplum instituti dicitur *L.* 1. *C. de precar.* Et utilis institoria probatur ex *L.* 16. *in fin. L.* 19. *princ. d. L. pen. & ult. C. de inst. act.* Donell. *ad Rub. C. eod n.* 16. Val Gull. Forst. *Tract. iustin. P.* 2. *Disput.* 1. *Th.* 2. *lit. E.* Et utile interdictum *L* 1. *C. de interd. §. ult. in fin. Inst. eod. L.* 2. *§.* 5. *de aq. pl. arc.* utilis negotiorum gestorum *L.* 47. *de neg. gest. L.* 17. *C. eod* Denique directa actio alia ex verbis & mente ita datur, ut utilem genere quodam in se contineat, sed quæ in facto, non in iure consistit, Curt. 2. *Coniect ad Vsu.* 1. Veluti: Rei vindicatio domino plenæ proprietatis contra verum possessorem competent. Actio ex empto emptori contra venditorem. Sicuti & ususfructus pleni dominii pars censetur, & obligatio naturalis civili iustæ quasi inclusa. Unde docendi gratia forsan non inepte actio Directa plena ad dominium, vel mixta ad obligationis similitudinem dicetur. Alia non continet: Eaque vel sola, nec utili opposita, ut quæ ea obligatione mere civili, quæ exceptione opposita inefficax ut *supra Lib.* 12. *Cap.* 3. vel opposita, aut cum illa concurrens, cum ad eandem rem ratione iuris diversi alii directa actio, alii utilis. Sic proprietario vindicatio directa, emphyteutæ utilis. Re ex pecunia militis empta a domino, vindicatio directa emptori contra omnes alios; militi utilis contra omnes *L.* 8 *C. de R. V.* Actionibus mandatis directæ ei, qui cedit: utiles Cessionario, seu Procuratori in rem suam ut *supra Lib.* 15. *C.* 44. *n.* 15. Restituta hereditate fiduciario directæ, sed inanes, fideicommissario utiles & efficaces *supra Lib.* 7. *C.* 25. *n.* 3. *N* 2.

8) Ita & noster ad *§.* 4. *I. de act n.* 11. *& de praescr. verb C.* 22. P. Greg 21. *Synt.* 6. *n.* 17. (ea mente legis vel contrahentium per extensionem dari) Bodin. *Distrib. iur. p* 44. Forcat. *Dial.* 63. *n* 3. *&* 2. Coras. *ad §.* 4. *I. de act. n.* 14. *& ad L. his verbis* 19. *D. de adopt. n.* 4 Vult. 2 *Iurispr.* 4. *n.* 13. *& ad §.* 1. *I. de act. n.* 33. Gœd. ad *L* 6. *§.* 1. *de V. S. n* 16 *& seqq.* Pistor. 2. *Iur. Quaest. Cap. fin P.* 5 *§* 1. *n.* 10. Dicta non ab utendo, quod exercitium eius & usus habeatur, ut Curt. 2. *Coniect ad Vsu* 1. sed quia gratia utilitatis datur *L.* 5. *§ pen de const. pec.* benigna iuris interpretatione *L.* 3. *C. de don qua sub mo.* ob æquitatis rationem *L. pen Cod. ad exhib. L.* 20. *princ. de rat. & rat distr. L.* 1. *de eo quod cer. lo. L.* 2. *§* 5 *de aq pl. arc.* Cuiac. 2. *ad Afric. ad L.* 46. *de her. inst.* Vult. *ad §.* 1. *I. de act. n.* 33. quæ ita per ratiocinationem ex lege edictove colligitur Vult. 2. *Iurispr.* 4. *n.* 15. quod ita bonum & utile in publicum visum adversus iuris stricti regulas, cum & quandoque alii, quam quo cum contractum, est detur, Curt 2. *Coniect. ad Vsu.* 1. Et ita contra subtilitatem verborum, propter manifestam legis voluntatem æquitate suadente Coras. *ad d. §.* 4. *n.* 4. cum lex de eo casu nominatim non loquitur, sed de eo idem sensisse legislatorem verisimile est, Coras. ad *d. L* 19. *n* 4 Nam utilitatis caussa idem est quod ex æquitate, rigore iuris non servato *L.* 44 *§.* 1. *de acquir. poss. L.* 44 *§. pen. de Usucap.* Atque hic non tam ius ad factum, ut in directa, quam factum ad ius inflectitur, unde dicitur accommodari *L.* 1. *C. de inoff. don L.* 51. *in fin. de don int. vir. L.* 24 *de pign. act.* Vult. *ad d. §* 1 *n.* 33 *& d. Cap.* 4. *n* 17. *& seq.* nec sine caussæ cognitione olim datam censet Vult. *d n.* 18. indeque *decernendi* verbum in his actionibus usurpari *L.* 21 *de const pec. & simil.* Etsi vero sint, qui actionem directam quoque ex sola sententia legis; Utilem autem non ex mente legis, sed porrectione, extensione, interpretatione, ac suppleri ne dari censent Duar. *de O & A. C.* 7 Mudæ *ad §.* 3. *I de act. n.* 4 Coras sibi contrarius ad *L. ei qui* 36 *D de servit n* 17 Lorior. *Tr. de Actionib. Axiom.* 6. P Grangian *Paradox Cap.* 32. Val. Gull. Forst & ab eo citati *P.* 2 *Disput.* 2 *Th* 2. *lit. F.* non constituto iure, ut directæ; sed ad exemplum & in consequentiam earum, ubi subtili iure actio omnis deficit, Vaud. 1. *Q.* 42 qui hoc amplius etiam utiles ex verbis Edictorum & Senatusconsultorum dari vult, probante Forst. *d. loc.* Denique Ant. Fab. *ad L* 47. *de neg. gest* utiles actiones non tam per interpretationem voluntatis induci, quam ea necessitate & in subsidium alterius actionis ex æquitate. Falluntur tamen illi in ignorantia elenchi. Nam illa ipsa porrectio ac extensio fit vi sententiæ, ut prob. *supra Lib.* 1. *Cap* 14. *tota.* Et iuris benigna interpretatio, quod intus est in lege excutit, ac relicto cortice verborum sententiam accipit Forcat. *Dial.* 63. *n.* 1. Nec directe Coras ad *d L.* 16 *n.* 17. utilem ideo non esse ex mente legis, quia de ea facti specie Lex non cogitavit, sed per interpretationem prætoris, vel Iurisconsultorum eo porrigi: quod verosimile sit, legislatorem, si de eo cogitasset, idem dispositurum. Certe nimis in angustum cogitur LL. sententia, si ad species præcogitatas restringatur. Nam imo sententia earum ad casus similes eosque de quibus si cogitatum, idem dispositum foret, pertinet *L.* 12. *de LL.* Quæ eadem liquidissime convincit porrectionem & extensionem ad casus similes non *ex sententia* modo legis, sed & *manifesta* fieri posse. Et benignior interpretatio, (caussæ utilis actionis *L.* 3. *C. de don qua sub mo.*) non est præter mentem legis, nedum contra ut Bartolus referente Forcat. *d. loc.* sed ex eiusdem voluntate *L.* 18. *de LL.* Fac. *tit. I. de leg. patron. tut.* in verbo: *per interpretationem* iuncto verbo *voluisse legem*. Quod & exemplis illustrat Gœd. ad *d. L* 6. *§.* 1. *n.* 17. *&* 3 *seqq.* Etsi L. 12. tab. de quadrupede loquitur, quis ambiget, quin voluntas eius ad pauperiem a bipede factam pertineat, ubi utilis actio *L. pen. Si. quadr. paup.* Verba legis Aquiliæ damnum a corpore in corpus exigunt. Mens non deficit si alia ratione corpori nocitum *§ ult. Inst. de L. Aq L.* 27 *§.* 8. *D. eod* Edicti de arboribus cædendis verba cessant, ubi arbor radices noxias in ædes meas immisit: voluntas quia non cessat, utile interdictum *L.* 1. *C de interd* Deinde iidem rationibus infirmis nituntur. Sic arguunt: 1) Verba legis non recte separantur a sententia *L.* 6. *§.* 1. *de R. V.* resp. Sane nequidquam. Forcat *Dial.* 63. *n.* 4. verba *d. §.* 1. (*tam* ex legum sententia, *quam* ex verbis) coniunctim accipit, veluti si dicam: Titius insignis *tam* viribus *quam* doctrina. Nihil enim verius vere lege contineri, quod verbis non expres-

sum

utramque actionem directam & utilem 9 eiusdem potestatis esse, eumdemque habere effectum. *d. L. actio, 47. de neg. gest.*

IV. Cum constabit aliquam actionem iure constitutam esse, quod fit superioribus partibus iuris, idque sive verbis legis actio constituta erit, sive sententia, quod superiores divisiones indicant: quæretur secundo loco, quæ sit ea actio, & quo nomine appelletur. Quo in genere cum ingens nominum varietas sit, hanc in summa distinctionem possumus observare, ut quædam generum summorum nomina sint, quædam specierum his generibus subiectarum.

V. Generalia actionum nomina sunt quatuor, quot sunt scilicet genera summa actionum in personam; actio seu condictio; interdictum; cognitiones extraordinariæ; stipulationes prætoriæ. De actionis & condictionis verbo nulla dubitatio, quin his significetur actio in personam. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signific. L. actionum, D. de oblig. & act.* Interdictum & stipulationes prætoriæ nominatim subiiciuntur actionis verbo in *L. actionis, D. de obl. & act.* constatque neutrum esse actionem in rem. Cognitiones extraordinariæ nominantur, & proponuntur sub *tit. D. de extraord. cogn.* Vis & significatio singulorum hæc est.

sum ex mente, ac ratione eruitur, Gœd. *ibid. n. 55. & seqq.* Confer Menoch. *Adip. possess. Remed. 4. n. 216. & n. 232. &c.* Turamin. ad *L. 10. de iure fisci P. 1. Cap. 4. n. 67. & seqq.* At quid inde aliud efficitur nisi actionem utilem, quæ ex mente legis, Senatusconsulti, constitutionisve, esse civilem vel, quod idem est, legitimam; quæ ex mente edicti, esse Prætoriam. (a) Obiicitur. Utiles actiones exemplo, ad exemplum, vel instar directarum inductæ *L. 5. C. de precar. L. 16. in fin. L. 19. princ. de Instit. act. L. 51. de furt. & simil.* exemplo nec ex intellectu legis ortæ argum. *tit. I. de leg. patr. tut.* Resp. Hic medii teneotur & io laqueum se ipsi dant. Nam si tutela parentum exemplo patronorum recepta ut *d. tit.* quin imo quasi exemplum exempli *ut per tit. praced.* legitima tamen dicitur, æque legitima actio, quæ exemplo directæ, verbis legis proditæ. Proinde quia non ex verbis, necesse est sit ex sententia, per *d. L. 6. §. 1.* Denique graviter errant, tum qui directas actiones aliquando ex sola mente competere volunt. Exemplum esse in Interdicto Uti possideris; quod, etsi eius verba de ædibus *L. 1. princ. Uti possid.* tamen de fundo directo datur *L. 1. C. eod.* Resp. Ædes *d. L. 1. princ.* exempli gratia positæ non restrictionis caussa, sed ut omnes res soli contineantur *d. L. 1. §. 1.* ubi nota verbum *scriptum* est & §. 6. 7. 8. Forcat. *Dial. 63. n. 3.* Gœd ad *d. L. 6. §. 1. n. 21.* Nisi quis dicat interdictum de tabulis exhibendis item de liberis exhibendis ex verbis Prætoris, quibus L. Titii mentio, ad singularem hominem pertinere. Aliud exemplum statuit Vaud. *d. Q. 42. n. 2.* in actione L. Aquiliæ ad æstimationem hereditatis, quæ directa *L. 23. princ. & §. 1. ad L. Aq.* cum tamen non sit ex verbis §. 10. *I. de L. Aq.* Resp. Distinguo inter caussam actionis quæ in *d. L. 23.* est occisio servi, & ita ipsa actio ex verbis L. Aquiliæ quia corpore & io corpus nocitum; & effectum ac præstationem istius æstimationis, quæ ea accidenti accedit. Pari certe modo argutari quis posset, nullam ferme actionem directam dari ex verbis, quia in quamcunque fere veniunt præstationes fructuum, caussæ, interusurii, verbis ut plurimum eius ipsius legis, quæ eam ipsam actionem proposuit, non definitæ. Tum qui utilem ex ipsis verbis. Quod paradoxon firmare audet Vaud. *d. loc.* exemplis sequentibus. (1) Ex edicto, Publicianæ & Superficiariæ actionum. Ad quod responsio expedita, ex dictis *N. praced.* vers. *Enimvero &c.* (2) Ac utilium, quæ in fideicommissarium transeunt ex verbis Senatusconsulti Trebell. *L. 18. in fin. ad L. Falc. L. pen. in fin. C. ad SC. Treb.* iunct. *L. 1. §. 2. D. eod.* Resp. Committitur fallacia elenchi vel plurium quæstionum. Aliud est transire ex verbis Senatusconsulti, aliud ex iisdem dari. Neque enim is cui restituta est hereditas agit directo vel utiliter, ex Senatusconsulto, sed ea ipsa actionis specie, quæ defuncto competiit, ex eo ipso negocio vel caussa. Quin & pluribus aliis casibus actiones lege transferuntur, ut *supra Lib. 15. Cap. 44. n. 27. & seqq.* nec dantur tamen lege, nec directæ sunt, sed utiles. Cæterum variis modis utiles actiones dici refert Forcat. *Dial. 63.* adeoque sex diversas acceptiones *ibid. & Dial. seq.* percenset, quæ tamen non omnes a se invicem discrepare videntur. Sicuti nec placet quod Govean. *1. Var. Lect. 40.* discernit eas, quas utilitas legum exigit *L. 11. de præscr. verb.* ab iis, quas utilitas hominum *L. 5. de eo quod cer. loc.* Plane uti utilis actio non nisi deficiente directa atque io eis subsidium datur *L. 4. §. 7. Fin. reg. L. 26. §. 3. de pact. dotal.* & similibus confertim citatis a Vult. *ad §. 5. I. de act. n. 33.* add. Vaud. *1. Q. 42. n. 5.* ita ubi mens pariter ac verba legis cessant, in subsidium utilis actionis datur actio in factum prætoria. Veluti in damno dato, cum nec corpore, nec in corpus nocitum est, ut prob. *§. ult. I. de L. Aq.* ubi prætor occasione legis supplet id quod menti deest, Gœd. ad *L. 6. §. 1. de V. S. n. 19.* Govean. *1. Var. Lect. 40. n. 2.* Vaud. *1. Q. 42. n. 10.* Coras. ad *L. 19. de adqu. n. 5.* Parlad. *2. Rer. Quotid. Cap. fin. P. 5. §. 1. n. 10.* Vult. ad *d. §. 1. n. 34.* Quam tamen ipsam quoque utilem recte dici, ac ex sententia L. non ita manifesta oriri videtur sentire Gœd. *d. n. 19. & seq.* vid. Don. *de Præscr. verb. 21. & 2. seqq.* Postremo nota utilem quandoque dici pro efficaci, quæ exceptione non submovetur, ut *L. 41. de fideic. & sim.* Donell. ad *L. 10. C. de pact. n. 4.*

9) Ita Vult. *in §. 1. I. de act. n. 33.* in effectu idem consequi utili agentem. Et quod *d. L. 47.* habetur id in universum de directis & utilibus actionibus tenendum esse. Et ad *pr. I. eod. n. 39.* argui *ibid.* a modo ius dicendi ad modum actionis instituendæ. Atque ea eo quod nunc ius dicitur secundum petitionem actoris, inferri, quod actio quocunque modo intentari queat, eodem effectu, sive solemniter ex verbis, sive non solemniter ex mente legis instituta. Ubi & Tribonianum in *d. L. 47.* manus admovisse Paulo censet, ut & A. Guib. *QQ. iur. Cap. 10. n. 6* Petr. Greg. *21. Synt. 8. n. 17.* ad effectum non referre sublata formularum conceptione. Amplius Cuiac. *ad pr. I. de act.* ex quo formulæ sublatæ, nullas esse amplius actiones directas; omnes utiles, mutatasque in persequutiones extraordinarias. Et A. Fab. *4. Coniect. 7.* olim multum retulisse directa, an utilis actio competierit in ordinariis iudiciis, indeque toties quæri in Dig. utra competat. In extraordinariis quæ paucissima, in quibus magistratus ipse cognoscebat, nullaque formularum observatio, non retulisse. Formulis autem sublatis iudicia omnia extraordinaria esse *§. ult. I. de interd.* id est eodem modo; quo quæ olim extraordinaria, tractanda: Hoc movisse Tribonianum ut suo tempori servire volens locum Pauli *d. L. 47.* corruperit. Adiecisse enim eum sententiæ Iurisconsulti: *nihil referre directa &c. quia utraque actio &c.* aliam rationem de suo, *quia in extraord. &c.* itaque sententiam L. fœdasse incautum, qui non animadverteris rationem hinc a dispositione alienam, quia negotiorum gestorum iudicium ordinarium *L. 3. pr. de neg. gest.* & secum pugnantem, quia in extraordinariis nec directa datur actio, nec utilis, ideoque persecutiones dicuntur. Neque id agere ibi IC. an in conceptionem formulæ non differant, sed monere cum quæritur, an negotiorum gestorum agi possit, non distingui directane agatur an utili, sed id tantum spectari, an intersit agentis, quia tam utilis quam directa; ad id quod interest. Ibidem paulo post etiam verba extrema Tribonianus adscribit, quibus tamen paulo ante rationem Iurisconsulti contineri agnoverat, & Tribonianum, ut connecteret cum sua ratione, addidisse voculam *maxime*. Sed recte Forcat. *Dial. 65.* Vaud. *1. Q. 42. n. 8.* Gœd. ad *L. 34. de V. S. n. 10. & seq* hodieque

VI. Actio generis nomen est, quo interdum significatur omnis actio tam in rem, quam in personam; interdum actio in personam tantum. *d. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verbor. sign.* Sed tamen omnis in personam; ut hoc sensu actiones in personam sint etiam interdicta, cognitiones extraordinariæ, stipulationes prætoriæ: quomodo & ista actionis verbo contineri dicuntur in *d. L. actionis, de obli. & act.* Sed cum actio distinguitur a reliquis istis superioribus; ut fit, cum coniunctim ista tanquam res diversæ eodem loco enumerantur, ut in *L. non solum*, in prin. *D. de procur* aut cum traduntur ista diversis titulis, cuiusmodi sunt de actionibus, de interdictis, de damno infecto, de extraordinariis cognitionibus: hic actionis verbum ex illa generalitate redigitur in angustum, incipitque ex instituto loquentis accipere speciei nomen a superioribus illis distinctæ, quo iam sensu actionis verbo intelligi debet actio in personam de re aut pecunia aliqua, ordinariam cognitionem habens. De re aut pecunia dictum, ad discrimen primum interdicti, quod est de possessione; tum prætoriarum stipulationum, quibus non res aut pecunia petitur, sed sola stipulatio. Ordinariam cognitionem habens; ut removeantur cognitiones extraordinariæ. Hæc item dicitur condictio. Origo nominis a forma agendi, quæ indicatur in [10] *§. appellamus, Instit. de act.* de quo illic scripsi pluribus. VII.

dieque has actiones invicem differre. Sublatis enim formulis natura singularum actionum mansit. Unde Gœd. *d. n.* 11. caussam, & media concludendi alia esse, cum utilis sola facti narratione contenta sit, directa etiam caussæ expressionem & nominatam petitionem exigat per *L. 5. in fin. C. de dolo* iunct. *L.* 10. *§. pen. de in ius voc. L. ult. C. Qui & adv. quos in int. rest.* de quo tamen ambigo. Plane directa sæpe inanis, cum utilis efficax. Et quibus casibus eiusdem rei nomine alii directa, alii utilis: illis nunquam hæ actiones nec hodie eiusdem effectus, ut patet ex *not. supra N.* 7. *sub fin.* add. Curt. 2. *Coniect. ad Viv.* 1. *pag.* 106. Directa actione cedentis extincta, utilis Cessionarii superest *supra Lib.* 15 *Cap.* 44 *n.* 18. Forcat. *Dial.* 65. *n.* 2. Actio directa si privilegiis inunita, non utique semper & utilis, ut si mulier actionem dotis cessit *L.* 1. *C. de privil. dot.* Vaud *d. n.* 8. vid. *supra d. Cap.* 44. *n.* 25. Denique utilem actionem famosam non esse, post Bart ad *L.* 1. *de O. & A.* volt Forcat. *d. n.* 2. quod odia & pœnæ minuendæ sint. Sed quid ad *d. L.* 47? Cuiac. 15. *Obs.* 13. Nec refert, ait, id est, non attenditur scrupulose, nec in disquisitionem venit. Rem non expedit. Forcat. *Dial* 65. *n.* 1. Non utramque actionem *ibid.* confundi, sed hoc dici formulam utriusque non differre, utrobique satis esse si conceptum animi quoquo modo actor exprimat. At sic non satisfit sententiæ Pauli, cuius tempore formularum differentia vigebat. *ibid. n.* 1. *&* 3. Resp. Forcat. vocula *maxime* innui quod aliquando eadem potestas utriusque actionis; non semper: Nempe in sola negotiorum gestorum actione, non alia, quia illa ex sola æquitate *L.* 1. *&* 2. *de neg. gest.* perinde ac utilis actio. Gœd. in *d. L.* 34. *n.* 12. Iurisconsultum sentire quod multum alias referat, &c sed de ea differentia frustra quæri in negotiorum gestorum actione cum utraque sit ex æquo & bono, & bonæ fidei. Concludi ergo, cum bonæ fidei actio competit, nil interesse; secus cum stricti iuris. Rationem Iurisconsulti exponit: *quia in extraordinariis*, id est non solemnibus & directis, sed utilibus *ubi conceptio &c.* id est in quibus iudex non adstringitur strictæ petitioni, *hoc subtilitas*, an actio directa sit, an utilis *supervacua*. Non placet. (1) Quia & in bonæ fidei iudiciis directæ actionis alia vis, quam utilis & olim erat, & nunc est per ante dicta v. *plane directa*. (2) Expositio secum pugnat In utilibus iudiciis non refert, an actio sit utilis, an directa. (3) Conclusioni non convenit ratio. Conclusio iuxta Gœd. In bonæ fidei iudiciis eadem vis actionis, quæ directæ. Ratio iuxta eundem. Quia in utilibus iudiciis non refert, an actio directa &c (4) Confunduntur utilia iudicia cum iudiciis bonæ fidei. Hæc enim sunt quibus iudex formulæ non præcise adstringitur. Atqui & bonæ fidei iudicia directa sunt. Plane extraordinaria iudicia in *d. L.* 47. non ratione iudicantis, aut cognoscentis magistratus, ut Ant. Fab. *supra d. loc.* accipit, dicuntur, ut *L.* 178. *§. ult. de V. S.* sed utilia, quæ passim extraordinaria, ut *L.* 17. *de reb. cred.* iunct. *L.* 18. *§.* 1. *de iudic. L.* 43 *de R. V. L.* 5. *C. Si res al. pig.* quod in iis non secundum lege proditas formulis, sed extraordinarias ex æquitate ad factum accommodatas cognoscitur. Iust. Meier. *Fudan Inst n. Decade* 2. *Cap.* 3. *n.* 4. Sententia Iurisconsulti hæc: Etsi, ubi verba edicti cessant, atqoe ita formula ordinaria deficit, nulla videatur actio danda: si tamen iusta ex caussa intersit, utilem actionem accommodari ex mente edicti. Neque obsistere formulæ rigorem: quia in utilibus iudiciis *ea subtilitas formularum*, nempe observationis supervacua est, Iust. Meier. *d. Cap.* 3. *n.* 5 Denique sensus: Tam utili actione quam directa negociorum gestorum actione persequi licere id, quod interest, quod nempe ex caussa gestionis abest. Et verba *maxime cum utraque &c.* non tam confirmant priora, quam temperant (nec *cum*, pro *quia* ponitur; sed pro *quando*, quia dicitur *cum est*, non *cum sit*) innuuntque quandoque interesse inter has actiones etiam in ipso negociorum gestorum iudicio, tunc scilicet quando plus est in alterutra.

10) Ubi Donellus noster *ita n.* 5 *& seqq.* Condictio non modo priscis, sed & posterioribus Latinis mutua denunciatio certi temporis & loci, Fest. *Lib.* 3 Condictio est, ait, in diem certum rei, quæ agitur denunciatio & condicere, est simul dicere, *ibid.* Sic condicitur cœna, cum & quis invitat ut alius certo die adsit, & ille promittit se adfuturum. Ita hic in ius vocatus si satisdaret, ire non cogebatur, sed differebatur itio in certum diem, ut *infra Lib.* 23. *Cap.* 9. Eum actor dicebat reo, indeque diem dicere pro litem intendere, Plaut *Capt.* 3. *Sc.* 1. *& Asinar.* 5. *Sc.* 1.) denunciando illi, ut se eo sisteret, aut liti persequendæ adesset, Theophil. *in d. §.* 15. Eumdem dicebat reus contra denunciando, se eo die adfuturum Fac. *L.* 8 *princ. Qui sat. cog.* Hinc actio dicta non *dictio*, unius sed *condictio* duorum, ut ambo diem dicerent, quo sisteretur & iudicio agi inciperet. Etsi autem eadem denunciatio in actione in rem, quia tamen illi aliud nomen *vindicatio*, inde usus voculæ *Condictio*, ad speciem restrictus est Nunc nulla eo nomine denunciatio fit *d. §.* 15. intellige eiusmodi, quia non amplius in potestate actoris est reo diem dicere, sed is lege constituitur, *Auth. offeratur C. de lit. contest.* Ideoque abusive sic dicitur *d. §.* 15. nec male tamen, quia & alia sæpe exoleto rei usu appellatio prisca superest, ita Donellus. Convenit & confirmat Hot. *ad d. §* 15. Briss. 5. *Formul. p.* 368 Rosin. 9. *Antiq. Rom.* 11. Coras. 4. *Misc.* 7. *n.* 4. Itaque *condici*, pro simul vel utrinque dici, aut conveniri in *L.* 66. *pr. de contr. em.* Liv. *Lib.* 3. *Induciæ cum Romanis condictæ sunt.* Et loca condicti pro expressis, Marcellin *Lib.* 23 Andr. Clud. *de Condict. in Præfat. n.* 16. Nec recte Vult. *in d. §. n.* 2 accipi pro simplici *dicere* & subaudiri *diem*. Sicuti & vulgo male condicere cœnam pro invitare, cum sit indicenti spondere se venturum, Cic. 1 *Fam.* 9. post med. *Cum mihi condixisset, cœnavit apud me*, Sueton. *in Tiber* Hot & Clud. *d. loc.* Myns *in d. §.* 15. *n.* 7. *&* 6. *ibid.* Hot hanc denunciationem comperendinationem dici, Ascon 3. *Verrina*, quæ quid a vadimonio distet, exponit. Huncque morem condicendi sublatum esse *L.* 6. *C. Th. de denunc. vel edit. lib.* 2. *tit.* 4. ea qua & liquet eundem in actione in rem quoque frequentatum fuisse. Plane aliter Cuiac 16. *Obs.* 1?. in actione in personam denunciationem litis solemnem processisse, quæ insinuatio dicatur *L.* 2. *C. Si ex plur. tut. vel cur.* eamque factam apud acta vel editionem rescripti ac inde utrique parti certa tempora liti exsequendæ & contestandæ &c.

VII. Interdictum est actio in personam [11] de possessione, aut quasi possessione, & usu rei constituta. *Inst. de interd.* in pr. De possessione autem vel nunc primum adipiscenda, vel ea, quam amisimus, recuperanda, vel ea, quam habemus, retinenda, ex quo illa divisio interdictorum, ut quædam sint adipiscendæ possessionis, quædam recuperandæ, quædam retinendæ. *§. sequens, eod. tit.* Nos de toto genere interdictorum scripsimus supra ex professo inter obligationes, quæ ex maleficio nascuntur. Nam interdicta, ut intelligatur actiones esse in personam, nascuntur ex obligatione; obligatio ex maleficio eius, qui nos ea possessione, quam nostram & integram esse oportuit, per vim aut iniuriam uti non sinit, ut illic ostendimus. Nomen item ex vetere forma agendi. Dictum est enim interdictum ex eo, quod prætor a quo interdicti formula impetrabatur, dum inter litigatores exspectatur directum iudicium de proprietate aut pleno iure rei, interim inter eos dicebat, idest edicebat, quod ad possessorem rei pertineret: ut sit interdictum, quasi [12] inter duos & interim dictum, ut Iustinianus scribit *eod. tit.* in princ. Edicebat autem aut vetans, aut iubens. Vetans vim fieri recte possidenti; non possidenti autem iubens rem exhiberi, vel restitui ad possessionem obtinendam. Unde rursum illa divisio a forma iubendi, ut quædam sint prohibitoria, quædam exhibitoria, quædam restitutoria; divisio tradita in *§. 1. Inst. de interd.* Hodie nomen dumtaxat vetus manet, res, idest [13] interdicendi forma sublata est; ac pro interdictis actionibus in factum utimur. *L. penult. L. ul. C. de interd.* Ut sic iam vere dicere liceat, id quod ante posui, interdicta nihil aliud esse quam actiones in personam de possessione & usu cuiusque rei.

VIII. Extraordinariæ cognitiones sunt actiones in personam receptæ de salariis, & honorariis advocatorum, medicorum, obstetricum, professorum liberalium artium,

&c. ac Goth. *in d. L.* 2. Vult. *in d. §.* 15. Aliter DD. vulgo accipientes *d. §.* de interpellatione extraiudiciali, ac charitativa admonitione, ut vocant, quæ olim non in realibus, ast in personalibus necessaria fuerit, quæ necessitas hodie sublata sit, honestate & urbanitate relicta, Sneidvin. *in d. §.* 15. & alii, quos refellit Coras. 4. *Misc.* 7. & Mynf. *ad d. §.* 15. Idem Coras *ad d. §.* 15. *n.* 8. inde exolevisse eam conditionem, ex quo non amplius privata auctoritate, sed iudicis iussu per apparitores reus in iudicio vocatur. Plane vetus Quiritium institutum fuisse scribit Hot. ad *L.* 10. *C. de pig.* ut prius debitores convenirent & apud amicos constituto loco appellarent, ac ni solverent, iudicium comminarentur *d. L.* 10. *&* *L.* 7. *de inoff.* Cic. *in Lælio & pro P. Quintio. Doce*, inquit, *aliquando mentionem fecisse, dixisse deberi, debuisse fatebor* &c. Et post eas interpellationes licet res non litigiosa *L.* 1. *de litig.* tamen in controversia esse dicebatur *L.* 25. *§.* 7. *de pet. her.* Nec probandus Vult. *ad d. §.* 15. *n.* 4. volens *d. L.* 10. *C. de pig.* incuriit collectorum, cum abrogata sit *d. L.* 6. *C. Th. &c.* relictam. Aliter Cuiac. 5. *Obs.* 31. Denique specialius Condictiones dictæ, quæ aliud nomen non habent, quæque ad repetendum datæ, ut condictiones caussa data, indebiti, Triticiaria &c. Duar. *de Cond. ca. dat. Cap.* 1. Vult. *in d. §* 15. *n.* 5.

11) Illa vulgo Possessoria iudicia vocantur, quæ petitoriis viam præstituunt, & eorum quasi sunt præparatoria Cuiac. 5. *Obs.* 19. vid. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 6. *& seqq.* Etsi vero & aliæ actiones personales de possessione esse possunt, ut condictio possessionis *L.* 2. *de cond. tritic. & simil.* Cuiac. 5. *Obs.* 17. Etsi item pluribus condictionibus possessio avocatur; non recte tamen illas remediis possessoriis accenset Menochius. Neque enim possessoria illa, quæ possessionem avocant, nec inde dicuntur quod avocent, quippe ita quoque rei vindicatio esset possessorium ac pleraque iuris remedia; sed quæ ex interdictis oriuntur, quæ ad proprietatis iudicium præordinantur, vel natura ipsa id exspectant, & quibus solum de possessione contendi potest. Per condictiones autem ex earum natura, etiam dominium amissum recuperamus, & ex accidenti dantur ad possessionem, ita Fr. Sarmient. *de Reditib. Ecclesiast. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 12. Et quia petitorium & possessorium correlativa, quorum unum sine altero esse nequit, ideo cum in condictionibus non detur petitorium, nec possessorium quoque *L. ult. Quor. bon.* Coras ad *L.* 12. *§.* 1. *de acquir. poss. P.* 1. *n.* 12. Cumque dominium a possessione cœperit, ubi non datur effectus possessionis, dominium: ibi nec ipsa possessio, ceu caussa dari vel existere potest, ut arguit Gœd. *Cons. Marp.* 32. *n.* 8. *&* 9. *Vol.* 3.

12) Vere siquidem interdicta ex vi & proprietate vocis, ut & veteri formula, non sunt actiones, sed ipsæ præceptiones ac iussa & monita Prætorum, Donellus noster *ad Rub. C. de interd. n.* 4. Rævar. ad *L.* 15. *de R. I.* Gœd. ad *L.* 5. *pr. V. S. n.* 28. Quæ tamen ab edictis diversa, quod hæc quasi leges prætorii ius generale & ad omnes pertinens continentes. Interdicta vero iussiones prætoris illis edictis accommodatæ ius privatum litigatores solos, inter quos de possessione contentio, concernentes. Hinc Paul. 4. *Sent.* 7. *§. ult.* edicto caveri ut interdicto reddito agi possit. Confer Cuiac. 5. *Obs.* 17. Coras. ad *L.* 12. *§.* 1. *de acquir. poss. p.* 2. *n.* 18. *& seq.* Duar. 1. *Disp.* 19. *& ad L.* 1. *de op. no. nunc.* Don. *ad Rub. C. de interd. n.* 8. Rob. 3. *Sent.* 19. Sane ab interdicendo, id est, prohibendo recte sic vocari non insistendum, cum omnia prohibitoria sint vel expresse, quæ ita in specie vocantur; vel tacite, ut restitutoria & exhibitoria, Io. Tavard. *ad Rub. C. de interd. n.* 3. Actiones vero vocantur, earumque verbo continentur *L.* 37. *de O. & A. L.* 3. *§.* 1. *& ult. de tab. exhib. L.* 11. *§.* 10. *Quod vi aut clam. L.* 3. *de mort. infer. & simil.* Cic. *pro Cæcinna.* si vim & potestatem spectamus petitionem ac persecutionem privatam litigatoris, Don. *ad d. Rub. n.* 4. vel per metonymiam, perinde ut stipulationes prætoriæ. Hinc Paul. 4. *Sent.* 7. *§ ult.* interdicto reddito agi & 5. *Sent.* 6. *§.* 10. interdicti actionem reddi. Ac Cic. *d. loc.* habere me actionem, ut per interdictum ius meum teneam; add. Cuiac. 5. *Obs.* 17. Usill. *in §.* 1. *I. de act. n.* 54. Et hoc sensu interdicto agere, interdictum competere legimus. Quomodo & interdicere dicitur possessionem persequens Agen Urbic. *Lib.* 2. citatus a Cuiac. *d. loc.* Distinguuntur autem ab actionibus *L.* 39. *de procur. L.* 1. *§.* 4. *de dolo & simil.* specialiori actionum acceptione, quia non in interdictis iudex addicebatur, sed Prætor ipse interdicebat. Et ab aliis actionis solemnitate, exsecutione & formulæ conceptione differebant, fine & effectu convenientе, vid. Cuiac. 5. *Obs.* 17. Ræv. ad *L.* 15. *de R. I.* Donell. *ad d. Rub. n.* 4. *&* 7. Vult. *ad princ. I. de interd. n.* 42.

13) Itaque hodie possessio non veteri more, aut per formulam disceptatur, nec prius interdictum postulandum & deinde ex eo reddito agendum, ut olim, Cuiac. 5. *Obs.* 17. Don. ad *L. pen. C. de interd. n.* 15. Gœd. ad *L.* 5. *pr. de V. S. n.* 28. unde probabile est in *tit. D. de interd.* verba illa: *sive extraordinariis actionibus &c.* non ea edicto perpetuo accepta, sed a Triboniano addita esse, ut Cuiac. *d. Cap.* 17. & Gœd. *d. loc. n.* 29. Plura huc facientia pete ex Cuiac. 5. *Obs.* 17. *&* 19. Don. *ad Rub. & LL. C. de interd.* Val. Guil. Forst. *Tract. Instm. P.* 2. *Disput.* 4. *Th.* 1. *&c.*

tium, quæ traduntur in *L.* 1. *D. de extr. cogn.* Actiones ex obligatione: obligatio ex contractu tacito finitimo locationi & conductioni. Nam superiores personæ operas præbere solent, ut postea accipiant mercedem operæ: quæ tamen propter dignitatem operæ non dicitur merces, sed honorarium. Ideo totum hoc genus quodammodo species est locationis, cui & illa adiungenda est. Dicuntur cognitiones itidem a forma agendi, ut superiores. Hic enim solius prætoris erat cognitio: quod cum fiebat, tum per excellentiam dicebatur cognitio & notio prætoris. *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exhib.* Extraordinariæ his de caussis. Primum quod hic solus prætor cognoscebat: quod erat præter ordinem consuetum iudiciorum, quo ex ordine solebant prætores non cognoscere ipsi, sed iudices dare. Deinde quod hæ actiones nullo certo iure constitutæ sunt, sed usu paulatim inductæ, & quidem præter communem legem locationis: in quo genere nulla contrahitur iure communi obligatio, nisi certa mercede initio constituta: quæ merces ut plurimum nulla constitui solet a superioribus personis ante quam ad operas præbendas accedant: ut proinde necesse sit, si quam mercedem hic exigant, extraordinario quodam iure hanc illis decerni.

IX. Prætoriæ stipulationes proprie & vere nihil minus sunt, quam actiones. Actio enim est, quæ rem debitam persequitur: nunquam autem res petita est, aut esse potest actio. Atqui in prætoriis stipulationibus, in quibus actionem ponimus, res quæ petuntur, sunt ipsæ stipulationes. Non igitur hæ possunt esse actio. Sed μετωνυμικῶς prætoriæ stipulationes dicuntur actiones, dum stipulationum verbo intelligimus actiones ipsas de prætoriis stipulationibus, idest actiones, quibus petimus stipulationes prætorias interponi; seu quibus cum aliquo agimus, ut stipulantibus nobis id promittat, quod stipulationibus a prætore in eam rem introductis continetur: ut hic contentum stipulationum positum sit pro actione, quæ has stipulationes continet. Hæ actiones in personam sunt: actio ex obligatione: obligatio, quæ ad præstandam eiusmodi aliquam cautionem quem obstringit, nascitur cuique ex re sua: de quo genere diximus supra sub Titulo, Qui ex alieno facto, vel alterius persona teneatur.

X. Huius generis stipulationes, quas quidem agendo ab invitis petere liceat, tres sunt; damni infecti; legatorum servandorum caussa; rem pupilli vel adulti salvam fore: ex quibus priores duæ commemorantur, ponunturque nominatim in numero actionum in *L. actionis*, *D. de oblig. & act.* tertia indicatur *titul. C. de tut. vel curat. qui sat. non dedit.* Nascitur, ut dixi, harum stipulationum præstandarum necessitas, idest obligatio, ex re cuique sua; sed rerum in eo hæc distinctio est. Nascitur enim aut ab ædibus eius, cum quo agitur; aut ab hereditate illi quæsita; aut a munere publico tutelæ vel curæ ei iniuncto, ut docuimus inter obligationes sub Titulo: *Qui ex alieno facto, vel alterius persona teneantur.* Ab ædibus, damni infecti stipulatio. Nam si cuius ædes vitiosæ sint, quæ videantur minari ruinam, licet vicino qui damnum metuit, cum domino seu possessore ædium agere, ut caveat damni infecti, intellige nomine; idest ut stipulanti actori, si quid damni postea ex casu ædium factum erit, se id recte præstaturum: de qua specie dixi supra proprio Titulo: *de damno infecto*: summa iuris de tota ea postulatione & eius petitionis exitu comprehensa est edicto, quod exstat in *L. prætor*, 7. *D. de dam. infect.* Ab hereditate quæsita sit, ut obstringatur heres legatariis, non iis tantum quibus pure quid relictum est, debeturque in præsentia; sed etiam quibus legatum est in idem aut sub conditione, sed his dissimiliter. Nam primis obligatur, ut quod his pure legatum est, id ipsum his iam nunc præstet, & in præsentia. Cæteris duobus non item, quippe quibus nondum legatum debet. Sed tamen hactenus his tenetur, ut iis desiderantibus, satisdet legatorum servandorum caussa, idest stipulantibus promittat, se, quod his relictum est, recte soluturum, cum dies venerit, aut conditio exstiterit: & simul det in eam rem fideiussores, idest eos, qui idem adpromittant. *L.* 1. *& toto tit. D. ut leg. seu fid. nom. cau.* In his duobus generibus stipulationum, si non cavet is, a quo cautio exigitur, superiore capite monuimus communem hunc esse exitum actionis, ut mittatur actor in rerum possessionem custodiæ caussa: is quidem, qui damni infecti postulat, in possessionem ædium, de quibus agitur; legatarii autem in possessionem rerum hereditariarum. *d. L.* 7. *D. de dam. infect. tit. ut in poss. leg. cau. esse lice.* Munus tutelæ vel curæ iniunctum tutorem & curatorem obligat, ut caveant fideiussoribus datis, uno verbo, satisdent, rem pupilli vel adulti salvam fore: dum ne sit testamentarius tutor aut datus ex inquisitione: de quo genere, de-

que

que eius actionis exitu & attigimus superiore capite, & exstat Titulus rem explicans in Codice, *De tut. vel cur. qui sat. non dedit*. Sunt quidem prætoriarum stipulationum species multo plures, quam superiores, de quibus scripsimus ad *L. 5. D. de verb. obl.* Sed non eæ, quæ ultro per magistratum tanquam debitæ & genere quodam actionis peti possint. Nos de iis agimus, quæ instar actionis habeant, ut est in *L. actionis, D. de obl. & act.* quo in genere non aliæ quam superiores tres nunc quidem mihi excurrunt.

XI. Atque hæc in actionibus in personam generum nomina sunt. His generibus innumeræ species subiectæ, quarum & ipsarum sua nomina sunt prope innumera: sed quæ generibus & prope dicam numero, certa fient, si ad rationem originis suæ revocentur. Sic autem originis huius ratio est, ut quædam nomina ducantur a caussis actionis propriis, puta a caussa efficiente, qua posita actio statim nascitur, a re quæ petitur, a forma agendi, a fine & effectu actionis: quibus rebus nulla recta actionis institutio carere potest. Quædam a caussis remotioribus: puta, a nomine legis, seu eius partis iuris, quæ actionem introducit; a nomine auctoris actionem constituentis; a persona contrahentium; a primis verbis edicti aut interdicti, quibus actio proposita est. Ita caussæ, a quibus propriæ sunt actionum appellationes, fiunt numero octo: quarum caussarum a singulis quæ ista nomina sint, breviter indicabo eodem isto ordine.

XII. A caussa efficiente actionis optima pars nominum actionum in personam ducitur: quo ex genere sunt hæc. Ex stipulatione incerta, actio ex stipulatu. *Inst. de verb. oblig.* in prin. Ex contractibus, qui re fiunt: commodati, depositi, pigneraticia, condictio ob caussam datorum, condictio ob turpem caussam, condictio indebiti. Ex contractibus, qui solo consensu perficiuntur; mandati, pro socio, empti, venditi, seu ex empto, ex vendito, locati, conducti, seu locati, ex conducto. Ex contractibus alienis, puta filiorumfamilias, quorum nomine tenetur pater: actio de peculio, de in rem verso, quod iussu. Neque enim his verbis significatur has actiones esse, quibus petatur peculium, aut in rem versum, aut iussus: sed eas quibus adversus patrem locum facit, quod peculium filii possidet, aut quod gestum in rem eius versum est, aut quod is iussit filium contrahere, vel cum filio contrahi. Ex quasi contractu: actio negotiorum gestorum, tutelæ, ex testamento. Ex maleficiis hæc: furti, arborum furtim cæsarum, vi bonorum raptorum, damni iniuria dati, iniuriarum, de dolo. De quibus omnibus sui sunt & distincti Tituli in hæc ipsa nomina concepti, si actionem ex stipulatu, & ex testamento exceperis: nomina eiusmodi, quæ apparent ducta esse ex caussa cuiusque obligationis, proinde & actionis.

XIII. A re quæ petitur, hæc nomina sunt specialium actionum: condictio certi, proposita ex omni caussa & obligatione, ex qua certum petitur, de qua in *L. certi, D. si cert. pet.* condictio furtiva, hoc enim perinde valet, quasi diceretur condictio rei furtivæ. *L. 1. L. in re. D. de condict. furt.* Quamquam & sic potest accipi, ut sit condictio ex caussa furtiva: quomodo sæpe nostri loqui solent, ut *L. 2. L. 3. L. 5. L. 9. D. eod.* interdictum de precario: de quo Titulus.

XIV. A forma agendi hæc, ut quædam actiones dicantur vulgares, & usitatæ, proinde & certæ; quædam incertæ, & præscriptis verbis, & in factum. Vulgares & usitatæ sunt, quarum certa sunt nomina iure civili prodita, quæ & ipse nomina vulgaria & usitata, quibus iisdem in agendo utimur: cuiusmodi actiones sunt eæ, quas ante indicavimus. *L. 1. L. 2. D. de præscrip. verb.* Incerta actio est eadem, quæ dicitur præscriptis verbis, & in factum. *L. rebus, C. de rer. per. L. 3. C. de inutil. stip.* Incerta dicta, quia nullum nomen habet certum, quo designetur in intendenda actione, nullum iure civili proditum: quod de actione præscriptis verbis traditur in *L. 2. L. 3. D. de præscrip. verb.* Dicitur præscriptis verbis, ut subaudiendum sit in factum concepta, quasi plena oratione diceretur actio præscriptis in factum verbis concepta, composita, quæque hac demonstratione facti & rei gestæ sola pro iusto nomine utitur. Id ita esse hæc declarant. Primum in *L. cum mota*, in fin. *C. de transf.* sic describitur hæc actio ab Alexandro, ut sit; *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat.* Atqui res gesta est id, quod nunc dicimus factum. Quod si verbis rem gestam demonstrare, nihil aliud est, quam verba & orationem componere in eam rem, ut demonstretur, & res gesta hic factum est: non potest hæc actio alia esse intelligi, quam quæ his ipsis verbis in factum præscriptis concepta est. Atque hinc scilicet hæc eadem dicitur in factum. *L. 1. L. si tibi polienda, D. de præscr. verb.* Et quo magis præscripta hic in factum verba intelligamus: interdum con-

iun-

iunctim & integra oratione dicitur actio præscriptis in factum verbis. *L. Titius. D. eod.* Ubi certe factum accipi non potest, adversus quod agatur (adversus personam enim est omnis in personam actio, non adversus id factum, ex quo nascitur) sed res ostendit factum dici, ad quod demonstrandum verborum præscriptio & oratio refertur. Dicuntur autem hic verba non simpliciter in factum scripta, sed præscripta, habita ratione petitionis, quæ hanc demonstrationem sequitur. Hic enim recto ordine prius narratur factum, & in id verba intentionis concipiuntur; sic deinde subiicitur actio: quo verbo utitur Papinianus in *L.* 1. in fin. *D. eod.* Si subiicitur verbis actio, necesse est verba quæ antecesserunt, præscripta, id est ante scripta fuisse intelligi. Sed de hoc genere scripsi ex professo in Libro, quem inscripsi de præscriptis verbis, & in factum actionibus, *Cap.* 21. & 22. ubi quibus ex caussis hæ actiones nascantur, & quid una ab altera differat, ostendi.

XV. A fine & effectu hæc: actio popularis, noxalis, tributoria. Popularis actio est actio ad certam pecuniæ summam constituta ex maleficio aut quasi maleficio, proposita omnibus ex populo qui agere volent: qualis ea, quæ est de deiectis & effusis, quæ commemoratur in *L.* 5. §. *hæc autem*, *D. de his qui dei. vel effud.* Ac de hoc genere proprius Titulus; De popularibus actionibus. De caussis huius actionis inter obligationes maleficiorum satis diximus, ut quodque maleficium aut quasi maleficium hanc induxit. Nomen ex fine: quia actio hac spectat, ut ius suum populo tueatur. Unde & definitio *L.* 1. *D. eod.* ut popularis actio sit, quæ ius suum populo tuetur. Noxalis actio est, quæ competit adversus dominos ex maleficiis servorum. Nomen ab effectu: quia huius actionis vis & potestas hæc est, ut qui hac actione damnatus fuerat, liceat ei servum, quo nomine agitur, noxæ dedere, & hoc modo evitare litis æstimationem. *L.* 1. *D. de nox. act. Instit. eod.* Tributoria est, qua id agitur, ut dominus inter se & reliquos creditores servi recte tribuat, id est distribuat mercem peculiarem, cuius nomine agitur. §. *introduxit*, *Instit. quod cum eo*. *L.* 1. & deinceps. *D. de trib.* Eiusdem originis nomina hæc sunt; interdictum de tabulis exhibendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis ducendisve, quæ nomina sunt quidem de rebus certis; sed huc spectantia, ut hæ res exhibeantur: in quo est finis actionis.

XVI. A nomine legis, seu partis eius, qua actio constituitur, nomina hæc actio legis Aquiliæ, eadem quæ ex caussa actionis dicitur actio damni iniuria dati: *L. item Mela*, 11. §. *legis*, *L. legis*, 54. *D. ad leg. Aquil.* sic dicta, quia actio de damno dato ex hac sola lege est, nec est lex Aquilia nisi de damno dato, ut declaratur in *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Item condictio ex lege: hic enim legis verbum certam partem iuris significat; eam scilicet, quæ proprie lex dicitur in partitione iuris civilis: de quo scripsi ad *L. unicam*, *D. de cond. ex lege*, ubi hæc actio describitur.

XVII. Ab auctore legem constituente hæc nomina actionum in personam: Pauliana, Faviana, Calvisiana, condictio Triticiaria, Salvianum interdictum. Pauliana est per quam, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, ab his ipsis revocantur. *L. videamus*, 2. §. *in Faviana*, *D. de usur.* Proposita est eo edicto, quod peculiari titulo explicatur *D. quæ in fraudem creditor.* Actio ex obligatione: obligatio ex dolo non solum debitoris alienantis, sed etiam alienatum accipientis: quoniam non datur nisi adversus eum, qui particeps fraudis fuit in re accipienda. *L. ait*, §. 1. *D. eod.* Ideo & hanc speciem cum actione de dolo coniunximus. Faviana est, per quam quæ aliena sunt in fraudem patroni, revocantur, de qua & proprius Titulus est D. hac inscriptione, *Si quid in fraud. patron.* ac Favianæ nomen cum in *L.* 1. frequenter tum in reliquo illo Titulo toto passim occurrit. Eadem dicitur Calvisiana, ut patet ex *L.* 1. §. *si pluribus*, *D. eod.* Actio est, ut apparet, cum superiore mutatis personis prope eadem. Hoc interest, quod Pauliana, ut ante diximus, non datur, nisi adversus eum, qui fuit fraudis particeps. Faviana datur etiam adversus eum, qui fraudis conscius non fuit. *L.* 1. §. *dolum*, *D. eod.* Licet plura videre, quæ de his actionibus, de earum caussis, similitudine & dissimilitudine scripsimus ad §. *item si quis in fraudem*, *Instit. de act.* Condictio Triticiaria a Triticio, ut arbitramur, dicta, non a tritico, ut quidam volunt, est actio in personam proposita ex omni caussa, ex qua res quævis petitur, præter pecuniam numeratam. *L.* 1. *D. de cond. Trit.* Salvianum interdictum est, interdictum propositum adipiscendæ possessionis caussa in pignoribus. § *interdictum quoque*, *Inst. de interd.* de quo & *tit. D. de Sal. interd.*

XVIII.

XVIII. A personis contrahentium hæc: exercitoria, institoria. Est enim exercitoria, quæ datur ex contractu magistri navis, adversus exercitorem, idest, eum qui per magistrum navi præfectum navem exercet. Institoria quæ datur ex contractu institoris adversus dominum mercis, cui institor præpositus fuerat, de quibus actionibus dilucide scriptum est in *§. eadem, Inst. quod cum eod.* sunt & separati de his tituli in Pandectis, unus de utraque in *C. de inst. & exerc. act.*

XIX. A primis verbis edicti appellata est actio Quod metus caussa. Sic enim est inscriptio Tituli de hac actione propositi Digestis; *Quod metus caussa gestum erit*. Quam fortasse rectius dixerimus actionem de eo, quod metus caussa factum est, ut hic potius nomen sit a caussa huius actionis: sic certe nominatur in *§. quadrupli*, & rursum in *§. item actio, Inst. de act.* De interdictis constat, horum maximam partem a primis verbis interdicti esse appellatam. Hinc enim illa, interdictum Quorum bonorum, Quod legatorum, Unde vi, Uti possidetis, Utrubi, Quod vi aut clam. Vulgaria & usitata horum interdictorum nomina; quia scilicet ab his verbis initium erat cuiusque interdicti. *L. 1. D. quor. bonor. leg. 1.* in pr. *D. quod legat. L. 1.* in pr. *§. ex interdicto, D. unde vi, leg. 1.* in pr. *§. est igitur, D. uti poss. L. 1.* in pr. *D. quod vi aut clam. L. item si cum, §. pro eo*, in fin. *D. quod vi aut clam.*

XX. Ac quæcunque actiones suis istis nominibus appellantur, nascuntur omnes ex iis caussis, iisque obligationibus, quæ a nobis sunt expositæ. Ex quo apparet, quod initio dixi, utcunque se habeant nomina actionum, semper easdem res manere, quas in obligatione & actione inesse diximus: quæ si per se intelligantur, non minus tibi constet, nec sit præterea, cur in his magnopere nomina desideremus. Ut enim bene scriptum est in *§. siquidem in nomine, Instit. de legat.* nomina significandarum rerum gratia reperta sunt. Quæ si alio quovis modo intelligantur, nihil interest. Sed tamen quoniam adhibentur hæc ipsas ad res significandas: vel hoc nomine saltem ea cognosci oportet, ut per hæc quoties occurrerit, res quarum sunt notæ, certius cognoscantur. Cæterum illud manebit, nomina ad substantiam rei nihil pertinere: proinde dum de re constabit, adsint illa, an non adsint, ad rem nihil referre. Quid ergo, non est necesse in actione recte instituenda nomen actionis adiicere: & omnino ad formam rectæ institutionis nomina actionum non sunt necessaria? Sane vero si de iure Romano vetere quæritur, non tantum hæc necessaria fuerunt ad rectam institutionem, sed etiam conceptionum formulæ, quæ certæ & solemnes fuerunt. Sed hæc subtilitas verborum postea displicuit. Ac primum constitutione Constantini formulæ iuris sublatæ sunt. *L. 1. C. de formul. & impetr. act. subl.* De nominibus actionum post constitutionem Theodosii, quæ est lex altera eiusdem tituli, cœpit dubitari. Nam ut sunt veterum scripta, quæ de his in Pandectas relata sunt, nihil dubii est, quin omnia in actione instituenda, si quod nomen actio habuit, eius nominis expressionem exigant. Quando enim placet præscriptis verbis nullo nomine actionis addito agi posse? Tunc demum, cum deficiunt vulgaria & iure prodita actionum nomina: ut intelligamus, quandiu hæc se dederunt, his utendum fuisse. *L. 1. L. 2. D. de præscrip. verb.* Cur, cum res æstimata vendenda data est, volunt eo nomine æstimatoriam præscriptis verbis actionem dari, non ex vendito, aut ex locato, aut ex conducto, aut mandati, cum hæ actiones in hanc speciem possent incurrere? Quia, inquit Ulpianus, dubitatum fuit, quæ potissimum ex his esset actio, consultum fuit hanc æstimatoriam potius proponi tollendæ dubitationis caussa. *L. 1. D. de æstimat.* Inepta plane dubitatio, si etiam tum cum esset certum & usitatum actionis nomen, hoc contempto liceret sola demonstratione rei gestæ utenti præscriptis verbis agere. Sed dubium fecit lex superior Theodosii, num non & hæc necessitas nominis exprimendi ea lege remissa sit. Sic enim verba sunt; *nulli prorsus non impetratæ actionis exceptionem opponendam, si aptam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit*. Potest autem apta & conveniens rei esse actio, ut nomen vulgare actionis non exprimatur. Quomodo & vulgo interpretes eam legem acceperunt. An recte, etsi potest ambigi; usus tamen & mos nostrorum temporum in iudiciis eam interpretationem admisit, repudiata subtilitate iuris Romani in nominibus actionum exprimendis, omninoque ita placuit, dum quis certam & convenientem agendi caussam proponat, satis esse ad rectam institutionem actionis: neque hic anxie nomen actionis requirendum. Quod & constitutum est iure Pontificio in *C. dilecti, de iudic.* Et constat ratio. Iam enim diximus, dum res intelligatur

ligatur, nomen ad rem nihil pertinere. *d. §. si quidem, Instit. de legat.* Et præterea verum est illud, quod Iustinianus scribit in *L. 2.* in fin. *C. commun. de leg.* leges scriptas esse rebus, non verbis: de hac re [14] scripsi plura ad legem, *edita: C. de eden.*

XXI. Cum de actione constabit, iustam esse, & quo nomine vocetur; restat tertium, ut quæratur qualis sit actio. Quam ad rem iudicandam complures actionum divisiones comparatæ sunt; quarum hæc est summa. Quædam enim actionum inter se ordinem indicant; quædam genus præstationis, idest, præstationis qualitatem & quantitatem; nonnullæ ad probationis necessitatem referuntur: sunt, quæ referantur ad vim indicandam & exitum iudicii. Ad ordinem exercendarum actionum referri debet hæc divisio, cum quædam dicantur esse directa iudicia, & directæ actiones; quædam præcurrentes, & quæ ad directas istas viam muniant. Sic directæ actiones & directa iudicia vocantur actiones in rem, & similes, cum actioni ad exhibendum opponuntur. *L. 3. §. ibidem, L. si quis hominem, 17. D. ad exhib.* Ubi cum actio ad exhibendum comparata sit superiorum præparandarum caussa, facile ex conventione istarum apparet directas dici principales, ad quas facilius exsequendas actio ad exhibendum adhibetur. Cur ergo hoc sensu actio in rem dicitur directa, directum iudicium potius, quam actio ad exhibendum? An quia actio ad exhibendum est utilis, cui directam recte opponi in prima de actionibus quæstione diximus? *L. actionis, D. de oblig. & act.* Minime. Nam & actio ad exhibendum ex verbis legis est, non ex sententia, cuius rei habita ratione necesse est ipsam directam dici, non utilem. Sed directa actio nunc dicitur, quæ recta dirigitur & confertur ad id, quod principaliter agitur. Quod cum spectamus, tum recte dicatur actio in rem esse ad id directa actio & directum iudicium, actio ad exhibendum non item. Nam & hæc & illa feruntur ad rem obtinendam, de qua ad exhibendum agitur: sed actio in rem recta & statim; quippe qua recta id agitur, ut res restituatur: actio autem ad exhibendum obliqua tantum via, dum exhibitione aditum parat ad actionem in rem, per quam dein se ad rem ipsam pervenitur.

XXII. Ad qualitatem & quantitatem præstationis quatuor divisiones pertinent, quæ proponuntur extremæ *tit. Inst. de action.* quarum & supra mentionem fecimus. Prima est, qua dicuntur quædam esse comparatæ rei persequendæ caussa, quædam pœnæ, quædam mistæ. *§. sequens, eod. tit.* Hæc aperte [15] ostendit, cuiusmodi res in actionem deducantur. Secunda indicat [16] quantitatem præstationis in pœnis. Ea est, qua dicuntur actiones conceptæ esse aut in simplum, aut in duplum, aut in triplum, aut in quadruplum, *§. omnes, Inst. eod.* vel quantitatem pœnarum describi manifestum est. Tertia continet potissimum quantitatem præstationis in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ. Ea est, qua dividuntur actiones ita, ut eorum quædam [17] sint bonæ fidei, quædam stricti iuris, quædam arbitrariæ. *§. actionum autem, & §. præterea, Instit. eod.* Non dubium est, quin cum in his generibus aliter atque aliter æstimentur fructus & usuræ, interdum & res principalis petita; ideo huc referatur divisio, ut & ipsa præstatio in his æstimetur. Quarta & postrema divisio indicat quantitatem præstationis ipsius rei principaliter petitæ. Ea est, quæ docet quibusdam actionibus consequi nos solidum, quibusdam interdum minus. Traditur

14) Ubi Donellus noster nonnihil a seipso variat. Qua de re illic notabo.

15) Quam divisionem caussam finalem respicere, quod eo omnes actiones diriguntur, scribit Arn. ab Haersolte *Prolegom. de Act. in genere n.* 28. & Harpr. *ad §. sequens* 16. *I. de act. n.* 1. Vult. *ad §. pœnales* 12. *I. de act. n.* 1. ab effectu esse ductam vult. Nam ut pœna rei persecutioni opponitur *L. 2. in fin. de tut. & rat. distr. L.* 12. *§. 1. Si om. ca. test. & simil.* ita actio rei persecutoria pœnali.

16) Sumpta a determinatione materiæ, quæ peti potest. Nam ulterius nulla actio extenditur Arn. ab Haersolte *Proleg. de Act. in genere n.* 33. vid. Vult. *ad §. omnes* 21. ipsi 19. *& seqq. I. de act.*

17) Qui de divisione plura equidem suppeterent subnotanda, si liceret, nec ea ad accuratiorem commentationem, quam de bona & mala fide, ac utriusque effectibus instituï, reservarem. Qui de caussa nec quæ Donellus noster de ea tractat ad §. 28. *& seqq. I. de act.* excerpere, hic inserere, quod in aliis feci, volui, temporis quoque nunc parcior eorumque quæ pertractanda restant memor. Adeat interim avidus lector Sneidvin. Hot. Mynf. Harpr. Coraf. Ussil. Mudæ. Vult. Hortenf. & alios ad *d. §.* 27. *& seqq.* Cuiac. 8. *Obser.* 10. *&* 12. *QQ. Papin. ad L.* 63. *de R. V.* Ræv. *de Auct. prud. Cap.* 3. Lomot. *Tr. de Act. Axiom.* 47. *& seqq.* Duar. *de in lit. iur. n.* 13. *& seqq.* Coraf. 2. *Miscel.* 8. Forcat. *Dial.* 90. Ant. Fab. 15. *Coniect.* 1. *&* 9. *Err. Prag.* 1. 2. 3. Charond. 3. *verisim.* 3. *&* 4. Rob. 2. *Animad.* 5. *&* 3. *Animadv.* 1. *& seqq.* Menoch. *Arb. Q.* 3. *& seqq.* Mozz. *de Contract. in genere art.* 4. *n.* 14. *& seqq.* Ang. Matthæac *Lib.* 1. *de Via iur. Cap.* 13. Felician. de Solis *Lib.* 1. *de Censib. Cap.* 3. Valasc. *QQ. iur. emphyt.* 6. Vult. ad *L. un. C. Ubi conven. qui cert. loc.* Turamin. *Lib. sing. de LL. P.* 3. *Cap.* 5. Bocer. ad *L.* 23. *de R. I. Cap.* 2. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 3. *n.* 124. *ac seqq. & Cap.* 8. Sarmient. 3. *Select. Interpr.* 3. Fopp. ab Aitzema 1. *Differt.* 22. Ac in specie de arbitrariis actionibus præter citatos plerosque Coraf. 4. *Misc.* 12. *& ad L. in actionib.* 5. *de in lit. iur. n.* 11. *& seq.* Ant. Fab. 15. *Coniect.* 2. *& seq ac* 18 *Err. Prag.* 4 *&* 5. Hortenf. *ad Rub. de eo quod cert. loc.* Marc Licklama ad *L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 28 *& seq.* Celf. Bargal. *Lib.* 4. *de Dolo Cap.* 1. *n.* 50. *& seqq.* Cumprimis autem consule, si habere potes, tractatum singularem Ant. Massæ Galesii *de Iudiciis bonæ fidei &c.*

ditur divisio in §. *sunt praeterea*, & deinceps usque ad fin. *tit. Inst. eod.*

XXIII. Ad necessitatem probationis explicandam pertinet hæc divisio, qua dicuntur quædam iudicia esse simplicia, quædam duplicia. Duplicia numerantur quinque: familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uti possidetis, utrubi: ex quibus priora tria commemorantur in *L.* 2. §. 1. *D. com. divid.* posteriora duo reliquis adiiciuntur in *L. actionis*, in fin. *D. de obl. & act.* Cætera ergo sunt simplicia. Ac duplicia, quæ eadem appellantur mista in *d. L. actionis.* definiuntur ea, in quibus uterque litigatorum actor est, & reus: ut appareat sic dicta esse duplicia, quia in his uterque duplicem personam sustinet, actoris nimirum & rei: simplicia cætera, in quibus actor & reus singuli unam personam simplicem, actor actoris, reus rei. Quorsum ergo nosse in his utrumque ex litigatoribus actorem esse & reum? ut ex eo de probationis necessitate statuamus. Nam ius necessitatem probandi imponit actori, eive qui pro actore habetur, ut in exceptionibus reo. *L. actor*, *C. de prob. L. verius. L. in exceptionibus*, *D. eod.* Unde intelligimus cum in his iudiciis uterque actor sit, etiam in his ab utroque eius quod pro se dicit, simul exigi probationem. Quod & ipsum servatur in iudiciis possessoriis uti possidetis, & utrubi, in quibus uterque se possidere contendit nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero. Idque consequens est interdicti sententiæ, quod possessori propositum, etiam utrumque si simul possident, pariter tuetur. Et vero duo in solidum ita possidere possunt, puta ego ex iusta caussa, tu vi aut clam non a me, sed ab alio: quod cum sit, uterque ex interdicto pro possessore habetur, ut declaratur in *L.* 3. in princip. *D. uti poss.* Idem quominus servetur in tribus illis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, natura eorum iudiciorum prohibet. In his enim etsi uterque aliquid simul suum esse dicit, nunquam tamen eadem res utriusque esse potest, sed unius dumtaxat: ut merito hic unum statui oporteat, a quo suæ rei tanquam intentionis suæ probationem exigamus. At huius conspectum incertitudo communionis, quæ in his iudiciis versatur, nobis adimit. Ut enim in hac communione utriusque intentio est rem pro parte suam esse intendentis, de quo & constat, uterque intentione actor est: certe utriusque par caussa. In qua communione rursum, si hanc spectari placet, & regulas iuris sequimur, ab utroque pariter tanquam ab actore probationem exigere debemus. Ex quo huius probationis necessitas in his iudiciis in perplexitatem incidit. Res ita decisa, ut quanvis in his tribus iudiciis par caussa omnium videretur; magis tamen placeret rei expediendæ caussa eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset: quod si ambo ad iudicium provocarent, sorte rem dirimendam. *L. in tribus*, 13. *L. sed cum*, 14. *D. de iud. L.* 2. §. 1. *D. com. divid.*

XXIV. Quod reliquum est, ad vim & exitum iudicii pertinet illa [18] divisio, qua ex actionibus mutuis ex eodem contractu nascentibus, quibus pariter attribuitur contractus nomen, quædam dicuntur ab utraque parte contrahentium directæ esse, quædam ab utraque parte ita distinguuntur, ut quæ uni attribuitur dicatur directa; quæ alteri, contraria. §. *ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. lit.* Ab omnibus sociis, quæ mutua inter eos de societate actio est, ea [19] una est, quæ dicitur pro socio. Et hæc ab omni parte sociorum directa esse dicitur, & talis est sola. *d.* §. *ex quibusdam*. In quibus autem hæc distinctio est, ut cum singulis ex æquo attribuatur contractus nomen, una tamen dicatur directa, altera contraria, hæ sunt: commodati, depositi, pigneraticia, mandati, negotiorum gestorum, tutelæ. Indicantur harum nonnullæ in *d.* § *ex quibusdam*, §. 1. *Institut. de oblig. quæ quas ex contr. nasc.* generaliter autem omnes inscriptionibus eorum titulorum, qui sunt de his actionibus. Hinc enim illæ inscriptiones: commodati, vel contra; depositi, vel contra; de pigneraticia actione, vel contra; mandati, vel contra; de tutelæ actione; de contraria tutelæ actione. Sic autem hæ personis contrahentium distinguuntur, ut quorum est commodatum, depositum, pignus, mandatum, negotia, tutela, his directa competat: qui autem illa acceperunt, his competat contraria, ut ex unoquoque genere

18) Coi divisioni tantum locus in actionibus personalibus; quæ ex contractu vel quasi, non in aliis Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 35. etsi Cuiacius negatoriam quoque actionem contrariam vocat quia Gr. [illegible]

19) Una scilicet eiusdem appellationis, non vero ex unico contractu societatis. Nam & ex emptione ac Locatione actio ultro citroque directa, nulla contraria, ubi contrahentium nomina variantur Coras. 6. *Misc.* 6. *n.* 1. quia & ibi utriusque par conditio & utrinque æqualis obligationis constitutio, Cuiac. 9. *Obs.* 2. Duar. *de O. & A. Cap.* 7. Vult. *d. n.* 35.

nere horum contractuum intelligi potest; de quibus suo loco diximus.

XXV. Quæ ergo horum verborum significatio est, quis divisionis usus? Et directa, quam quidem directæ opponimus, ut hoc loco, vocatur ea qua [20] principaliter petitur id, cuius dicitur esse actio: sic dicta, quod dirigatur, id est, recta feratur ad id petendum obtinendumve, quod est in verbo. Ut puta, actio pro socio ab utraque parte sociorum directa est: quia singuli socii pariter & recta id agunt, ut sibi societatem eiusque commoda sibi adstruant, utpote pariter & ex æquo socii. Commodati actio directa est ei, qui commodavit; depositi ei, qui deposuit; pigneratitia actio ei, qui pignus dedit: quia hi omnes superioribus actionibus recta & principaliter id petunt, quod earum actionum verbo continetur: qui commodavit, commodatum; qui deposuit, depositum; qui pignori dedit, pignus. Sic mandati actio directa est ei, qui mandavit; quia is mandatum suum solum urget, & eius rationem sibi reddi postulat. Eademque ratio est directæ negotiorum gestorum, & tutelæ actionis agentibus iis, ad quos negotium pertinet. Et quoniam in his principaliter & recta agitur de iis, quorum dicuntur esse actiones, inde factum est, ut in his directa actio eadem & principalis dicatur, & rectum iudicium; principalis actio nominatur, in *leg. in commodato*, *§. 1. D. com.* rectum iudicium in *L. in rebus*, *§. ultim. D. com.* Contraria autem in his dicitur, quæ eiusdem quidem nominis est cum superioribus (dicitur enim actio contraria commodati non minus, quam directa commodati: similiter contraria depositi, contraria pigneraticia, contraria mandati, contraria negotiorum gestorum, contraria tutelæ) sed qua principaliter nihil minus agitur, quam de eo quod verbo continetur; agitur tantum per consequentiam, principaliter autem longe aliud. Exemplo sit commodati actio contraria, quo idem intelligamus in cæteris contrariis. Hæc datur ei, qui commodatum accepit. Hic certe nihil minus persequitur, quam commodatum, quia nihil commodavit. Quid igitur? solum quod sibi abest propter commodatum. Quod & propositum est contrariis actionibus omnibus. *L. in rebus*, *§. ult. D. com. L. ei apud*, *5.* in prin. *D. depos.* Cur ergo dicitur etiam hæc actio commodati? quia sane de commodato est & ipsa, sed per consequentiam. Sic enim is qui commodatum accepit, recte hac actione persequitur, quod sibi abest, si etiam absit per caussam commodati. Cui consequens est, ut si recte hac actione experiri velit de eo, quod sibi abest, prius necesse habeat nocere & commodatum fuisse, & quod abest, per occasionem eius commodati abesse. Quod quia per consequentiam tantum fit, non autem in eo principaliter de commodato agitur; ideo contraria directæ, idest, principali opponitur, quo declaretur non esse hanc commodati principalem. Unde ergo contrariæ verbum? nam contraria utique principalem non significat. Quia scilicet huic rei uno verbo exprimendæ nomen satis idoneum non erat, nomen quæsitum est, quod quam proxime ad hanc distinctionem exponendam accederet, & quæ directa non erat, dicta est contraria: ut significaretur ea actio, quæ ex [21] adverso directæ actionis in eodem contractu esset constituta, & ad minuendam eius condemnationem præstationemve consisteret.

XXVI. Usus vero huius divisionis hic est, ut intelligatur, cum actiones directæ sint actiones principales, quibus ex aliquo contractu agitur: contrariæ autem, eum a directis & principalibus istis distinguantur, non sint principales sed veluti sequelæ & appendices directarum, idcirco nec contrarias eodem iure & exitu iudicii esse habendas. Quæ dissimilitudo duabus his in rebus maxime cernitur, infamia iudicii, & iureiurando in litem. Directo iudicio condemnatus suo nomine ex his caussis, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, fit infamis: contrario damnatus nunquam, ne si de iisdem quidem caussis agatur. *L. 1. L. furti*, *§. ult. D. de his qui not. inf.* In directo iudicio, ubi de re nobis restituenda agitur, veluti in deposito, iuratur in litem adversus eum, qui dolo faciat, fecerit ve, quominus reddat. *L. 5. D. de in lit iur.* in iudicio contrario non iuratur. *Non enim*, inquit Ulpianus, in *hoc iudicio de fide rupta agitur*, *sed de indemnitate eius*, qui agit, *L. 5.* in pr. *D. depos.* XXVII.

20) Cuius caussa contractus, initus, ex eo quod principaliter in obligationem deductum, Duar. *ad tit. D. Commod. Cap.* 3. Dato iis quorum principaliter interest, contractus origine & radice inspecta Coras. *6. & Misc.* 4. *n.* 4.

21) Quod ex opposito respiciat directam, contraria illi, non autem naturæ contractus; data occasione negocii gesti, præter intentionem eius, cui competit, Vult. *ad §. 1. I. de act. n.* 36. cuius non ex natura contractus, sed per accidens interest, Coras *d. loc.* vel ut Duar. *ad tit. Commod. Cap.* 3. & Io. Mercer. *1. Opin.* 13. non quod adversario aut contradicturo detur, sed quia contra, id est, vicissim intenditur ab eo, qui directa conveniri potest, ex adverso & mutata serie ei competens, cui defendendi onus magis incumbere videbatur.

XXVII. Atque hoc loco obiter notanda est ambigua significatio huius verbi, directæ. Quam in his divisionibus triplicem possumus observare. Nam alias directam vocari diximus, quæ est ex verbis legis; alias eam, quam præcedit, & ad quam refertur alia præparatoria, quanvis sit ex verbis legis utraque; interdum, ut nunc, eam, quæ ex duabus mutuis uni nomini eiusdem contractus subiectis, est principalis. In qua ambiguitate explicanda ne laboremus, significatio ex adiuncto facile discernitur. Primam enim illam intelligimus, eum opponitur [22] actioni utili. Secundam, eum actioni ad exhibendum. [23] Tertiam, cum contrariæ.

22) Plane Loriot *Tr. de Act. Axiom.* 7. omnes contrarias actiones utiles esse, imo & a prætore inventas statuit, per *Rub. C. de contrar. ind. tut.* iunct. *L.* 2. *& Rub. D. de contr. & utili act.* Etsi non contra omnes utiles sint contrariæ.

23) Alio adhuc sensu directa, quæ in auctorem facti datur, opposita noxali ut §. 3. *I. de nox. act.* Mercer. I. *Opin.* 13.

C A P. I I I.

Pluribus actionibus in eadem re constitutis, an omnes ideo competant: cum competent, an liceat omnibus experiri.

Transitio. I.
Quoties de re aliqua plures subinde legibus actiones sunt constitutæ, omnes, cum veteres, tum novas competere. II.
Nisi tamen cautum nominatim ut nova aliqua liceat experiri dumtaxat, veteribus silere iussis. III.
An plures simul institui possint actiones interest, utrum diversarum rerum, an unius obtinendæ rei nomine competant. IV.
Priore casu omnibus licet experiri, & simul, & separatim, etsi ex eodem facto nascantur. V.
Posteriore casu una dumtaxat, dum ea sufficiat, uti licere. Contraria diluuntur. VI. VII.
Cumque una quis egerit, aliam perimi sive iure sive per exceptionem. Hoc quale sit. VIII. X.
Conciliatio L. nunquam, 60. D. de O. & A. *cum* L. qui servum 34. D. eod. IX.
An sint actiones diversarum rerum sive rei unius, ex earum divisione quadruplici æstimari. XI.
1. *Actiones esse unius rei, si omnes rem persequuntur*. XII.
Exceptio. XIII.
2. *Actiones esse diversarum rerum, & neutra alteram tolli, si de eadem re sit una persecutoria, & pœnalis alia*. XIV.
Exponitur L. si is cui, 71. *in pr.* D. de furt. XV.
3. *Actiones esse partim unius rei partim diversarum, cum ex duabus quæ rem persequuntur, amplius aliquid habet altera pœnæ nomine*. XVI.
Emendatur L. qui servum, 34. *in fin.* D. de O. & A. *eademque conciliatur cum* L. unde, 7. D. commod. XVII.
4. *Actiones pœnales ubi de eadem re plures adsunt, unam aliquando, plures interdum exerceri posse; & quæ de utroque distinctio*. XVIII.

I. His cum de caussa, & potestate actionum in personam, tum de nominibus earum summatim cognitis, satis dictum videtur, quo intelligatur, quæ sit de re quaque in personam actio, quæ recta institutio eius actionis, cum iudicio agitur: dum hoc quæritur, eui competat, adversus quem, qua de re, cuius rei obtinendæ caussa, & numnam ad hanc institutionem quidquam pertineat adiici nomen actionis. Et vero ad omnem cognitionem huius institutionis hæc sunt satis, si cui modo una tantum sit actio in ea re, cuius nomine agitur, qua actione nunc velit experiri. Quod si cui [1] plures actiones diversis legibus in eamdem rem sint con-

1) Multiplex hæc & confragosa materia, ut vocat Hot. *Ill. Q.* 29. Nimium concisis & in speciem pugnantibus Consultorum Responsis obscura, variantibus interpretum noviorum doctrinis magis obscurata. Non minus quam veteriorum commentis agitata, usque iudiciorum involuta de actionum Coniunctione & Cumulatione, doctrina. Fusior hic aliquanto ero non tamen omnia expendere est animus, uti nec referre quæcunque suppetuot, sed potiora & quædam ea iis minus vulgata Monendum autem hic initio duco. (I) Tunc solum spectan Concursum actio-

constitutæ, hic duplex existit quæstio, quarum utraque rectam illam institutionem remoretur. Una, an omnes competant, ne si forte una non competat, frustra quis agat hac electa, quæ non competiit. Altera, si omnes competunt, an ita competant, ut omnibus experiri liceat. Quarum quæstionum utraque cum ad ius agentis, eoque ad rectam eius institutionem pertineat; apparet utramque huius loci esse, eamque nobis superesse, quæ hoc loco explicetur: quemadmodum & sub *titul. de obligation. & action. D.* tractatam videmus.

II.

actionum, & de eo quæstionem oriri cum plures actiones productæ & de eadem re & inter easdem personas *L.* 10. *de act. em. L.* 5. *de fidei.* Quippe concurrere eas actiones haud apte dixeris, quæ vel plures una competunt eidem adversus eundem de variis rebus, sive ex negociis diversis; dissimilibus, ut in *L.* 29. *de O. & A.* aut similibus, ut si eidem distinctis temporibus, ædes ac prædium vendidero: sive ex eodem, ut in venditione aut promissione plurium rerum, ubi quot res, tot contractus, proinde & de singulis experiri licet, per *L.* 29. *pr. de V. O. & simil.* Vel de eadem re adversus plures, ut *L.* 76. §. 1. *de furt. L.* 11. §. 2. *ad L. Aq. L.* 15. §. *ult. de iniur. & sim.* Hic enim regulis huius materiæ locus non est. Sane *de eadem re* dum dico, non vim & potestatem actionis denoto, sicuti Donellus hic accipit verba *eiusdem rei nomine*, sed rem quæ vel in obligationem conventione deducta est, vel circa quam obligatio vertitur. Veluti Sticho subrecto, Condictio furtiva & actio furti utraque de eadem re: sed non ad idem vel eundem finem; itaque nec eiusdem rei nomine iuxta acceptionem Donelli. Nam Cuiac. & P. Fab. Hot. Obrecht. & alii verba illa aliter accipiunt, ut *infra N.* 4. (II) Concurrere dicuntur actiones non solum quæ ex una caussa, negocio vel facto proditæ, veluti arborum furtim cæsarum; & L. Aquiliæ; actio furti & condictio furtiva: sed & quæ ex pluribus diversis, nec solum actiones diversi generis, ut *L.* 18. *de O. & A.* sed & eiusdem ut *d. L.* 10. *de act. em. L.* 4. *de fidei. L.* 56. *pr. de furt.* nisi caussæ duæ lucrativæ §. 6. *I. de legat. supra Lib.* 16. C. 5. add. *not. infra N.* 4. (III) Vere ac proprie, ex vi verbi, concurrunt duæ actiones, cum utraque intentari & exerceri potest, ut vel utriusque commodum consequatur actor *L.* 10. *de act. em.* vel altera in iudicium deducta, altera integra remaneat *d. L.* 18. *de O. & A.* Seu cum omnibus experiri licet *L.* 32. *eod.* & eam quam voluerit prius exercere, deinde etiam quod amplius in altera est exsequi *L.* 34. *in fi. pr. h.* Concurrunt denique quæ utræque competunt *d. L.* 34. *pr. L.* 1. *Arb. furt. cas. L.* 2. §. *pen. de priv. delict. L.* 5. §. 1. *ad L. Aq.* cum *& hanc & illam* actionem dari legimus ut *d. L.* 5. §. 1. *d. L.* 34. *pr. &* §. 1. *L. Arb. furt. cas. L.* 7. §. 1. *de cond. furt. L.* 43. *Locati L.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr. L.* 2. §. 1. & omnibus seqq. *de priv. delict. L.* 45. *L.* 47. *& seqq. pro Soc.* §. 1. (ubi notanda verba: *præter hac*) *I. Si quadr. paup. fec. dicatur.* Quæ itaque actiones alternatim competunt non concurrunt, ut cum dicitur, *vel hac vel illa* actione me consecuturum &c. *L.* 21. §. *ul. Quod. met. cau. L.* 38. §. 1. *pro Soc. L.* 27. §. 11. *ad L. Aq. L.* 33. *de dam. inf.* Illic enim altera alteram non tollit *d. L.* 45. *pro Soc. d. L.* 2. §. 1. *de tut. & rat. L.* 18. *de O. & A. L.* 11. C. *de furt.* nec consumit: *d. L.* 2. § 2. *de priv. delib. L. pen. de O. & A. L.* 130. *de R. I.* Hic tollit *d. L.* 38. §. 1. & consumit: *L.* 28. §. 4. *de iurei. L.* 5. *in fi. de fideiuss.* nec electa una regressus ad aliam *L.* 9. §. 1. *de trib. act.* Posita autem electione tali negatur concursus. Concursus enim plures actiones exerceri posse arguit. Hæc namque est vis verbi, quando duo vel plura simul currunt, & coniunctim habentur *L.* 14. *pr. de exc. rei iud.* Ubi autem istius modi electio, una actio est. Et quæ alternatim competunt, ex iis alterutrum habetur, vel unum ex pluribus, non utrumque vel omnia. Quare & quod discrimen inter utrumque & alterutrum, idem inter hæc: concurrere actiones plures ex. gr. *&* Commodati *&* Aquiliæ ac competere plures disiunctim, ex. gr. *vel* tributoriam, *vel* de peculio; inter concursum & competentiam (liceat sic loqui) alternativam. Sicuti etenim rebus disiunctim legatis, Sticho aut Pamphilo unum non plura legata; alias agnitione legatarii utrumque consequi daretur, sicuti rebus disiunctim promissis, aut venditis, ut *L.* 34. §. 6. *de contr. em.* una stipulatio venditiove, ita & hic una actio. Confirmat hæc regula §. 6. *I. de legn.* Duæ lucrativæ caussæ in eundem hominem & eandem rem non concurrunt. Cuius non alia vis, quam ex utraque caussa coniunctim rem eandem persequi non licere. Quin autem ex duabus lucrativis caussis duæ actiones disiunctim competant, ut alterutra rem consequi detur, non ambigitur. Sic legatarii re tantum coniuncti vel quod idem est, disiuncti, concursu partes facere dicuntur, ut suo loco. Concursus is dicitur, quoties (non alteruter, vel unus ex pluribus) sed omnes ad eandem rem legatam non vocantur tantum, sed & admittuntur, eamque agnoscunt. Quemadmodum igitur hic dicuntur concurrere, non eo ipso quod sunt scripti in testamento, iisque res assignatæ, sed quia existunt in eadem re simul, ut eiusdem rei legatæ commodum non uni, sed omnibus acquiratur. Ita & actiones concurrere dicendæ, non cum sunt legibus proditæ, sed cum exerceri utræque in iudicio, & existere possunt, atque ex iis commodum actori consequi & una expedita ad aliam transire licet. Agnosco inter hæc similia interesse; quod res conversa videtur. Isthic personæ plures dicuntur concurrere in una re; Hic in materia nostra plures actiones dicuntur concurrere in una persona. Utrobique tamen ratio haud dispar ut & efficacia voculæ *concurrere*. Quanvis itaque ex. gr. Pro Socio & Communi dividundo sint duæ actiones, eædemque iure ambæ constitutæ, tamen cum in specie *d. L.* 38. *pro Soc.* vel hac vel illa impensas fructusve socio consequi conceditur, non existunt ambæ actiones, proinde nec concurrunt, sed dum altera intentata, alteram tollit, impedit eius existentiam efficitque ne concurrere possit. Proinde utram actor intentet, eam solam habet actionem. Nam & ita si cui Stichus vel Pamphilus legatus, uti unum legatum, ita una actio, non duplex *L.* 19. *de leg.* 2. licet initio vel Stichum petere vel Pamphilum liberum. Sic eodem testamento scripti heres institutus & substitutus non concurrunt, quia non uterque, sed alteruter eorum heres esse potest *L.* 69. *de acq. her.* Quia autem unus singularis casus in *L.* 40. *de her. inst.* quo uterque admittitur, non inconcinne dicitur eo casu concursus instituti & substituti. Ita quoque creditores in pignore concurrere dicuntur *L.* 7. §. 1. *Qui pot. in pig.* non cum alterutri, sed cum utrique in eo ius. Ita delicta concurrentia, ubi utrumque admissum est *L.* 2. *pr. de priv. delict.* Ita denique ut exceptio rei iudicatæ detur, tria hæc concurrant oportet: res, caussa petendi, & personæ eædem *L.* 14. *pr. de exc. rei iud.* Sed ut semel destiniam. Quoties duæ actiones sunt, quarum altera per alteram consumitur, id est existere impeditur, & unam tantum intentare licet, ut ipsa electione aditus ad aliam sit præclusus, concursus earum non nisi late & abusive, dicetur. Inter hæc enim naturalis pugna: concurrere, & eligi debere; competere utrumque, & alterutrum. Contra verus concursus. Quoties una proposita alteram non tollit, sed vel ex hac consecuto actore, illa aut in totum aut in id quod amplius in ea, superest: vel saltem cum intentata, non eo ipso quod de ea iudicium acceptum, sed cum inde actor plene consecutus id quod debetur, & cuius consequendi gratia utraque prodita est actio, ut nihil amplius ei absit, perempta est. Nec inter hæc electione tollatur, an consecutione actio altera parum interest. Illic enim si priore actione absolutus reus, posteriori locus nullus. Hic autem & ubi non alternatim, sed coniunctim plures actiones competunt, etsi consecutio efficiat aliam cessare, tamen ubi priori actione succubuit actor, forte probatione defectus, alia ei actio concurrens suppetit, qua obtinere potest, vid. *infra N.* 4. Non obstat *L.* 43. §. 1. *de R. I. ut d. N.* 4. Non obstat quod *L.* 5. §. 1. *de cal. L.* 18. *ad L. Aq. L.* 43. *Locati* dicitur sufficere alterutram actionem, alterutra contentum esse actorem, & tamen ibi exempla veri concursus ubi dicitur *& hac & illa &c.* Nam resp. Distingui hæc: Dari aut competere alterutram actionem; quibus verbis concursus negatur, ac sufficere alterutram *dd. LL.* postquam scilicet una actum & ex ea solidum quod in utraque obligatione exactum est *L.* 18. §. *ult. de const. pec.* vid *infra N.* 26. (IV) Etsi de eadem re plures actiones legibus aliisve iuris partibus introductæ, proinde

II. Prior ergo illa quæſtio eſt, cum plures actiones de eadem re legibus conſtitutæ ſunt, vetus & nova, an hæ omnes competant, ut ſaltem vel unam eligere liceat, quam recte exerceamus, quia competiit. Inepta quæſtio, dicat aliquis. Nam ſi omnes illæ legibus conſtitutæ ſunt, ut proponimus, an dubitamus, quin omnes competant: cum conſtet nihil magis ratum eſſe, quam quod lex conſtituit; nec quidquam magis noſtrum, quam quod eadem lex pro poteſtate nobis tribuit? Et an ignoramus obligationes & actiones legibus conſtitutas eſſe civiles, inter eas autem, quæ maxime efficaces ſunt, præcipue has eſſe? §. 1. *Inſtitut. de oblig.* §. *ſed iſtæ, Inſtit. de action. L. actionum*, in fin. *D. de oblig. & act.* Et ita eſſet omnino, ſi quidem poſteriore lege conſtituta etiam priores de eadem re conſtitutæ ſemper manerent. Verum hoc dubitatur, an poſterior lex quæ novam obligationem & actionem de eadem re conſtituit, deroget prioribus: quod ſane ſi ſit, tolluntur veteres actiones, & ſolum remanet nova. Atque hinc ſcilicet ſuperior quæſtio, an quaſi omnibus iſtis legibus & veterihus & novis integris manentibus, omnes actiones his legibus propoſitæ competant. De eo ſic Pauli definitio eſt, inde nata nimirum: quoties lex obligationem introducit, niſi nominatim caverit, ut ſola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere: ut intelligamus competere omnes, id eſt, & veteres & novas: exſtat in *L. quoties*, in princip. *D. de oblig. & act.* Et recte. Neceſſe eſt enim priores leges & quod illæ tribuunt manere, niſi poſteriore lege abrogatæ fuerint. Nunquam autem poſteriores leges derogant prioribus, niſi ſint contrariæ, aut nominatim iubeantur priores ſilere, ut ſolum poſterioribus ſit locus. Quin potius contra ſemper poſteriores leges niſi contrariæ ſint, placet ad priores trahi, ut & poſteriores ad priores, tanquam ſeſe mutuo adiuvandi, & interpretandi cauſſa invicem conſtitutas. *L. non eſt novum. L. ſed & poſteriores, D. de legib.* Iam vero pluſquam manifeſtum eſt, poſteriorem legem non eſſe prioribus contrariam, quæ de eadem re cum prioribus actionem introducit. [2] Adiuvandarum potius & confirmandarum priorum cauſſa conſtitutam eſſe apparet, quæ idem factum nova actione vindicet. Sic autem rem ſe habere, ut ſuperior definitio eſt, declaratur exemplo arborum furtim cæſarum. Eius facti nomine actio primum conſtituta eſt lege duodecim tabularum. Deinde multo poſt lege Aquilia: quæ de omni damno dato lata, etiam hoc damnum complexa eſt. Quid ergo, ſola actio legis Aquiliæ de arboribus furtim cæſis competet? immo utraque & vetus ex lege duodecim tabularum, & nova ex lege Aquilia, ut idem Paulus ex ſententia veterum probat in *L.* 1. *D. arbor. furt. cæſ.* Neque huic ſententiæ adverſatur, quod ſcriptum eſt in *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* legem Aquiliam omnibus legibus, quæ ante ſe de damno iniuria dato locutæ ſunt, derogaſſe, ſive duodecim tabularum, ſive quæ alia fuit. Hoc enim de iis legibus priorihus dictum eſt, quæ ſimpliciter de damno iniuria dato conſtitutæ eſſent. Cuiuſmodi non eſt lex duodecim tabularum ea parte, qua cavit de arboribus furtim cæſis. Hic enim non generaliter cavit de damno; [3] ſed ſpecialiter de damno arborum cæſarum. Neque in his de damno ſimpliciter iniuria dato; ſed quod datum eſſet arboribus clam & furtim cæſis.

III. Sed ita, inquam, actiones pluribus legibus de eadem re inductæ omnes competunt, niſi poſteriore lege cautum ſit, ut ſola

inde nativitas ac ortus iiſdem adſcribi poſſunt. Concurſus tamen earundem admiſſus Iuriſprudentum interpretatione. Nec uſquequaque placet quod Oorecht. *de Concip. libell.* C 22 *n.* 1. introductum cum iis partibus iuris, quibus actiones produntur, ſentit. Neque enim iiſdem una definitum, quando alia aliam vel conſumit electione, vel perimat conſecutione. Verum hanc doctrinam omnem Prudentum auctoritate niti conſtat 1) ex *L.* 53 *de O. & A.* verbis: *probatum eſt*, & (2 ex *L.* 32 *eod.* verbis: *poſt magnas varietates* obtinuit. Hiſce enim uti ſolent ICti cum innuunt fori diſputationem, de qua *L.* 2. § 5 *de O. I.* perplexam quæſtionem fuiſſe deciſam, cum in unum quaſi collegium Prudentum convenit, cumque communicatis ſententiis rem expenderunt, quam pro ſe quiſque non auſus definire. Ita in *L.* 55. § 1. *de leg.* 2. *L. ult. Pro legato & ſimil.* (3 Apertiſſime ex *L.* un *pro C. Quand. civ. act. crim. praiud.* verbis: *a plerifque prudentum definitum eſt*. Sed & fuiſſe varias quoque hic veterum ſententias probant *L.* 34. *pr. de O. & A. L.* 38. §. 1. *Pro ſocio &c*

2) Ut laxior ſit agendi facultas *L.* 76. §. *pen. de leg.* 2. *L.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Cabot. 1. *Diſp. ult.* Fac. *L.* 1. §. 4 *de Public.* Plane A. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 554. etſi in hac ſententia non diſſentit, tamen longe aliter *d. L.* 41. *pr.* exponit, quod nempe nova actione iam experti adhuc veteres recte intendant, & quod in iis plus eſt conſequantur etiam cum priori actione reus abſolutus ut *L. un. Arb. furt. cæſ.*

3) Dura perquam hæc expoſitio. Aliter P. Fab. *ad L.* 130. *p. de R. I.* 554. derogavit ſcilicet dum obligationem novam introduxit, non autem prohibet ne veteres una actiones exerceantur iuxta *d. L.* 41. *pr.* Atqui hoc quomodo *derogare* ſit, non perſpicio. Malo ſi: Derogavit, id eſt, non abolevit, ſuſtulit prorſus, ſed partem quaſi detraxit *L. derogatur* 102. *de V. S.* Quia vim earum actionum hactenus imminuit, ut ſi quis Aquilia prius egerit, deinde alia actione ex veteri lege, tanto minus ex poſteriore conſequitur, quantum ex priore adeptus eſt. Ut non penitus in effectu ſalva maneat ac integra alia actio in ſolidum, ſed ſolum quatenus in ea amplius eſt. Quomodo belle conſpirat *d. L.* 1. *Arb. furt. caſ.* pariterque aliis difficultatibus ex *L.* 2. §. 1. *de nox. act. L.* 5. *Si fam. furt. fec.* occurritur.

sola ea actione utamur, quæ posterius inducta est. Quod interdum accidit: ut non temere illud in quæstione positum fuerit, an omnes eodem nomine propositæ competant. Huius rei exemplum iam olim habuit lex Aquilia; quæ, ut modo dixi, de damno iniuria dato ita lata est, ut omnibus legibus de eadem re ante constitutis derogaret. *d. L. 1. D. ad leg. Aquil.* Sic autem derogavit, non quia esset posterior; multo minus quia contraria: sed quia ea lege ita cautum esset, ut placeret ex hac una lege deinceps de damno iniuria dato ius reddi oportere. Sed hoc exemplum nobis est paulo obscurius, quia verba omnia eius legis nunc non exstant. Certiora exempla duo nobis suggerunt Iustiniani constitutiones; unum in pecunia constituta, alterum in repetitione dotis. In pecunia constituta de plerisque rebus vetus actio fuit recepticia. Iustinianus de omnibus rebus, quascumque se soluturum quis constituisset, unam esse voluit actionem de constituta pecunia, sublata nominatim recepticia illa vetere. *L. 2. C. de constit. pecunia.* De dote repetenda veteres actiones fuerant duæ; ex stipulatu, si quis stipulatus esset dotem sibi reddi; & sine stipulatione actio rei uxoriæ. Iustinianus ad omnem repetitionem dotis unam constituit actionem ex stipulatu etiam tum, cum nulla stipulatio intervenisset, quia quasi intervenisset, perinde haberi voluit: idque ita constituit antiquata nominatim rei uxoriæ actione. *§. fuerat, Inst. de act. L. unica, §. 1. C. de rei uxor. act.* In quibus exemplis apparet nova actione introducta veteres desiisse competere: sed ideo, quia posterioribus legibus ita cautum fuit, ut sola ea nova uteremur. Quod cum adiectum non est, rata est superior definitio, & veteres & novas eodem nomine competere.

IV. Hac sententia constituta, nascitur de his ipsis actionibus simul concurrentibus altera quæstio, an quia omnes competunt, etiam omnibus experiri liceat. Et ut sunt ea, quæ de iure actionis recte instituendæ ante diximus, nihil aliud restare videbatur, quam licere. Posuimus enim antea unumquemque recte agere, cui competit ea actio, qua experitur. Sed hoc in eo, qui unam de re petita actionem habet, sine exceptione vere dicitur. In eo, cui circa eamdem plures sint actiones, non est perpetuum, dum hoc cavetur, ne actor per occasionem plurium actionum quæ de una tantum re competunt, singulis agendo sæpius idem exigat, atque ita plus ferat, quam unam rem, quæ debetur, contra manifestam sententiam earum legum, quæ plures actiones unius tantum rei nomine proposuerunt. Ac de eo iam superest, ut videamus. In quo hæc distinctio summa est, ut si plures actiones diversarum rerum obtinendarum nomine competant, omnibus experiri liceat & simul & separatim: si unius rei & pecuniæ nomine, plus una uti non liceat. In hac distinctione, si quidem vera est, cum omne ius huius partis versetur, ante eius distinctionis partes separatim nobis proponendæ & diligentius constituendæ sunt, ne de fide earum dubitetur: post deinde in quibus actionibus una res versetur, aut plures, quærendum, videndumque num in singulis superiores definitiones congruant.

V. Sic ergo primum statuatur, si plures actiones 4 diversarum rerum nomine competant, quanvis in eandem rem concurrant, atque adeo ex eodem facto nascan-

4) Nota. Alio sensu Donellus exponit verba *eiusdem rei nomine* in *L.* 43 §. 1 *de* a 1 & consequenter illa eis opposita *diversarum rerum* quam alii Hot. *ill.* Q 29. *p. m.* 235. exponit *eiusdem rei*, id est, facti vel delicti pariter atque illa *de eadem re* in *d. L.* 130 *ut infra h. N.* Hoc & alii reprobant & illis *eiusdem rei nomine* idem est quod Donellus hic vocat in eandem rem. Cuiac. P. Fab. Hippo. a Collib *in d. L.* 43 Et Obrecht *de Concep. libel. C.* 21. *& seq* in quibuscunque actionibus quæstioni locus de concursu, & an una solum vel pluribus uti liceat, *eiusdem rei* vocat, sive ex una sit, sive ex pluribus caussis. Idemque vim concursus dicit esse, ut quæ actiones eiusdem rei nomine, vel una competant, vel alterutra eligenda. Et P. Fab. *d. L.* 43 *p.* 215. etiam ex diversis contractibus actiones diversas eiusdem rei nomine haberi. Plane in *L.* 56. *pr. de furt.* habetur re eadem bis subrepta cum eodem eiusdem rei nomine sæpius furti agi. Ubi uni quidem genere actio, ast specie & numero duplex. Nec eiusdem rei nomine ibi denotat ad idem consequendum, quod consecutus est priori actione; sed ratione eiusdem rei in qua furtum admissum est Diversarum autem rerum alii vocant, quæ circa alias res & ad præsentem tractationem plane non pertinent ut *supra N* 1 ibi *Quippe concurrere &c.* Enimvero dilucidior redderetur distinctio Donelli sic. Si ad diversa tendunt actiones, licet eiusdem rei ratione: omnibus actionibus locus. Secus si ad eundem vel idem consequendum tendant, cum una & eadem utriusque vel omnium vis. Hot. *ill.* Q 29. *p.* 234 Hipp. a Collib. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 173. cum quælibet alio non spectet, quam ad simplicem rei persecutionem, nec ultra id amplius quidquam altera consequi licet, Rob. 1. *Rec. Lect.* 25. Et hic quidem iuxta mentem Donelli una intentata, ad alteram iudicio de priore nondum peracto, semper datur regressus. Peracto autem, nunquam: non modo si ex sententia consecutus id ad quod actio prodita, sed etsi nihil inde tolerit, reo absoluto. Quæ cum in aliquibus minuenda videatur opinio: in universum sic statuendum puto. Plures circa eandem rem actiones, AUT AD IDEM consequendum & EUNDEM FINEM tendunt. Et vel ex eadem caussa oriuntur, nec concurrunt initio plures, *hac & illa*, sed distinctim competunt *hac aut illa*. Atque hic altera alteram tollit & consumit, ut not. *supra N.* 1. Non perceptione aut sententia quod Donellus vult: sed ipsa electione, dum intentata est & litis contestatione in iudicium deducta. Nam etsi quandoque electa usurpetur, qua res iudicio finita est ut *d. L.* 34 *pr.* ne tamen & hic ita accipi possit, multa efficiunt. (1) Natura hæc electionis tum communis, unde vulgo. Qui semel elegit, variare nequit *L.* 22. *de L.* a *& simil.* tum diserte confirmat specietim in actionibus illud quoque, ut alterutra electa, non possit ex pœnitentia ad alteram

venire

scantur: semper tamen omnibus uti licere, & simul, & separatim, ut nunquam una alteram consumat, neque ab initio, neque eventu & unius ex iis rebus perceptione. Exemplo est ex caussa furti actio furti, & condictio furtiva. Harum utraque tenetur qui furtum fecit, ut appareat easex eodem facto nasci, & in eamdem rem furtivam incurrere. *§. ult. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* Sed ita hæ actiones circa eandem rem versantur, ut longe diversarum rerum nomine constitutæ sint: nam furti actio pœnam petit legitimam dupli aut quadrupli, idque extra rem furtivam; condictio furtiva persequitur rem ipsam, *d. §. ult. Ea res facit*, inquit Ulpianus, *ut in rebus tam diversis neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur*. L. si pro fure, *§. 1 D. de cond. furt.* Quo significatur id, quod ante posui, neutram actori obstare, quominus utraque ex æquo utamur, consequamurque id, cuius nomine utraque constituta est, sive eodem tempore placeat his experiri, sive separatim & diversis temporibus. Idque ex principiis certis iuris, quæ sunt de liberationibus, ita statui necesse est. Sic liberationis ratio est, ut nemo liberetur invito creditore, nisi solutione eius quod debetur, quandiu manentibus iisdem personis exstabit, aut pro exstante habebitur res quæ debetur. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. *L. quod te, D. si cert. pet.* Iam vero qui rem furtivam restituit, non ideo solvit furti pœnam: nec

Tom. V. Sss qui

veniri *L. ult. §. 1. C. de furt.* & ut ab ipsis intentionis exordiis unius electione alterius aditus omnino præcludatur *L. ult. pr. C. de Codicillis*, Quas ut interpreteris, si & sententia secuta sit: nec verba, nec mens utriusque ollo modo patitur. (2) In iis quæ sic ex eadem caussa & ita alternatim competunt, dicitur actio una aliam tollere: in aliis autem quæ ex diversis caussis, & ita coniunctim, una aliam non consumere. Atqui cum in hisce quoque sæpissime & peracto iudicio ex una si consecutus actor, altera non supersit, ut postea dicetur: consequens utique in illis, etiam nondum peracto, sed instituto solum iudicio unius actionis, alteram sublatam, alias regulæ duæ contradictoriæ; negans de illis & affirmans, de his eiusdem vis erunt, idem in effectu continebunt, quod absurdum. (3) Hoc confirmat *L. 18. §. ult. de const. pec.* probans ubi solutione ex caussa iudicati obligatio quoque; alia perempta est, id actioni ipsi de qua iudicatum est non adscribendum esse. (4) Facit argumentum contrario *ex L. 18. de O. & A.* ibi *altera in iudicium deducta* (5) Verba clara *L. 5. in fi. de fideius.* cum altera (actio) in iudicium deduceretur, altera consumeretur. Deducitur autem tunc, cum iudicium accipitur, non cum sententia fertur, nedum cum exsecutio fit, aut iudicato paretur. (6) In *L. 9 §. 1. de trib. act.* interpretationem Donelli nec verba nec sententia admittunt. Nam si liberalius largirer istia verbia: electa una actione regressus ad aliam non datur; hunc sensum donari posse. Quando ex una actione iam adeptus actor quod debetur, vel in eadem succubuit aliam deinde exercere nequit. Quæ prædura tamen expositio foret. Attamen alia illic verba quibus ipsa structura sermonis præcisus locus huic sensui. Nam dicitur *Eligere debet* qua actione experiatur &c. Inconcinna declaratio debet *eligere*, id est, ea actione intentata suum consequi, aut vinci debet. Nam id quidem ut eligat in potestate est agentis, ut vero vincat, aut vincatur in exitu litis & alea iudicii. Indigna quoque decisio foret acumine Ulpiani, nec sequentia convenirent. Nam dum dicitur, ex diversis caussis utraque actione agi posse, non intelligitur de rebus diversis & ad diversos fines. Ita enim nulla dubitandi caussa, sed de iisdem & ad idem consequendum ut omnium altera intentata iudicio accepto resilire & ad aliam regredi possit, itemque si ea, sententia secundum reum dicta, finita. Quid multis? Suis Donellum telis conficiamus. Ipse statuit lite contestata desertionem prioris actionis non esse licitam, nec ab ea recedi posse nisi reo illa absoluto, *infra Lib. 23. C. 5.* Absoluto autem reo una actione ex iis quæ ita disiunctim competunt ex. gr. tributoria, per necessariam consequentiam fit ne alteri ex. gr. de peculio locus fit, propter exceptionem rei iudicatæ quæ datur lite inter eosdem de eadem re ex eadem caussa redintegrata etsi alio genere actionis ut *Lib. 22. C. 5* Quorsum igitur permittetur post litem contestatam hic novæ actionis institutio, cuius in omnem eventum nulla utilitas futura actori, reum solum novæ molestiæ implicans. Neque ideo tamen sentio exceptionem illius, aut cuiuscunque obiectum hic reo necessarium. Quin iure ipso potius repellitur actor, regressum captans ad aliam a quo iure arcetur *d. L. ult. pr. C. de codic. &c.* quemque ipse sibi ademit etsi necdum ulla sententia ex priori actione lata. Sed hoc volo, posita doctrina Donelli *h. C.* & iuncta illa quæ *d. Lib. 23. C. 5.* inanem tamen ac sine effectu hic fore mutationem actionis lite contestata. Exempla actionum ex eadem caussa ad idem hæc. Ex contractu servi qui sciente domino negociatus, Tributoria vel de peculio *d. L. 9. §. 1. de trib. act.* Ex damno a servis coloni illato vel ex locato vel ex L. Aquilia *L. 27. §. 11. ad L. Aq.* Impensis in rem ex societate communem factis pro Socio, vel communi dividundo *L. 38. §. 1. pro Soc* Et quoties eadem quæstio in iudicium deducitur *L. 38. §. 4. de iurei.* Ut caussa hic accipiatur fere quomodo cum de exceptione iudicati quæritur, ubi eadem caussa dicitur, etsi alia actio. Paulo tamen pinguior regula DD. post alios Gilken. ad *L. 3. C. de ed. n. 257.* Quoties duæ actiones ita comparatæ, ut sententia in una pariat exceptionem in alia, concursum non admitti. Vel ex pluribus diversis caussis & hæc coniunctim competunt, *& hæc & illa*, ac vere concurrunt; etsi ad idem tendant, ac rei persecutoriæ non modo sint, sed nec pluris intersit alia agi. Veluti in constituto debiti ex quacunque caussa, ubi & actio principalis & de constituto *L. 18. §. ult. de const. pec.* Sic ad legata persequenda variæ actiones in rem ex dominio; in personam ex quasi contractu *supra Lib. 8. Cap. ult.* Proinde de his idem ius, quod in sequenti membro. AUT AD DIVERSA ET AD ALIOS FINES. Et hæ item vere concurrunt sive mere diversa persequantur, sive partim idem, partim aliud, quæ ad diversos fines permixtim dantur, (modo non contrariæ sint. Hæ enim disiunctim competunt ut *L. un. C. Si serv. extero* ubi Donell. Quo pertinere quoque puto *L. 21. §. ult. Quod met. cau.*) Quod accidere potest non solum, ubi altera persecutoria, altera pœnalis, mera vel mista; aut ubi utraque pœnalis, & vel ambæ mere pœnales vel mistæ; vel una ex his, altera ex illis; sive quæ concurrunt ex eadem utræque caussa vel facto ortæ, sive ex diversis, ex. gr. actio furti & commodati; Commodati & condictio furtiva; Aquiliæ & iniuriarum, Commodati & Aquiliæ &c. Sed & quandoque ubi utraque mere persecutoria de eadem re. Nam & hæ quandoque plane ad diversa (eiusdem tamen rei ratione, alias non sunt præsentis tractationis & de iis res per se clara) competunt & concurrunt, tum in diversis actionum generibus ut in *specie L. 18. de O. & A.* quoties denique eadem res ex pluribus obligationis caussis debetur, ubi non solum ei, qui ex una caussa egit & succubuit, altera superest *L. 14. §. 2. de exc. rei iudic.* Sed & si ex una rem consecutus, ex altera ad æstimationem, aut id quod interest agi potest, ut utriusque commodum consequatur; tum quod notabilius in eodem ut *L. 10. de act. empt.* ubi de eadem merce eidem contra eundem duæ actiones ex vendito, specie eædem, ast numero diversæ. Quandoque partim ad idem, partim ad aliud. Sic concurrit Rei vindicatio cum actione ad exhibendum, Condictio furtiva & actio pro Socio, si pluris intersit *L. 47.* iunct. *L. 49. pro Soc.* ubi quatenus id quod interest, egreditur rei æstimationem, quæ in condictionem furtivam venit, plus in hac quam illa: Actio ex stipulatu & ex vendito, in *L. 28. de act. empt.* ubi pluris interest,

quam

qui furti pœnam dependit, ideo rem furtivam restituit. Necesse est igitur una re soluta nihilominus alterius obligationem manere, cuius solutio non est secuta.

VI. De pluribus autem actionibus de eadem re competentibus sic Ulpianus definit in *L. nemo ex iis*, §. 1. *D. de reg. iur.* quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una tantum quis experiri debet. Cui definitioni plane congruit illa Modestini ex *L. plura*, *D. de obl. & act.* si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est. Propone eum cui commodata res erat, eius rei furtum fecisse. Adversus hunc ex eodem facto eiusdem rei nomine hæ concurrunt actiones; commodati, quia commodatum non restituit; condictione furtiva, quia furtum fecit; rei vindicatione, ubi commodator dominus fuit; item propter rei vindicationem ad exhibendum actione. *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. & act. d.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Omnes cum unam rem ablatam persequantur, ut restituatur, unius & eiusdem rei nomine competere palam est. De his ergo sic superior regula cavet, ut cui hæ actiones competunt, possit ab initio eligere unam, qua experiatur: cæterum una tantum debeat experiri, non possit pluribus. Hæc regula duo continet, quæ sigillatim expendenda sunt. Primum hoc efficit, pluribus actionibus de eadem re concurrentibus, non posse nos simul amplius experiri, quam una, & ut vulgo loquun-

quam quod ex illa consequi licet. Et ita hæ actiones non plane ad idem, etsi neutra pœnam persequatur. De his autem omnibus actionibus quæ vere concurrunt duplex dubitatio veterum. UNA: num eadem plures formulæ proponi, eodemve iudicio exerceri possent. Hoc modo negatur, *L.* 43. §. 1. *de R. I.* Quæ de hac coniunctione solum accipienda. Quo & inclinavit Hotom. *illust. Quæst.* 29. *p.* 235. hæsitans tamen, quasi hæc sententia illis verbis non satis commode expressa sit. Ast immo hæc sententia ex ferme præcedentium principio & oppositione exceptionum & actionum elicitur. Nam ut *d. princ.* est de exceptionibus & defensionibus quæ coniunctim competunt, *hac & illa*: non *hac aut illa*, ita §. 1. monstrans discrimen actionum ab exceptionibus *concurrere* dicit actiones plures: non quarum alterutra competit actori, sed utraque vid. *supra N.* 1. & ut *d. princ.* arguit plures ab eodem exceptiones coniunctim competentes, non in diversis iudiciis (quis de hoc ambigat) sed in eodem iudicio ad eundem liberationis finem, una inferri, eodemve libello defensorio proponi posse: ita, si recte probeque sibi oppositio constat *d.* §. 1. arguit plures coniunctim competentes actiones in eodem iudicio, ad eundem consecutionis finem, simul intendi uno libello actoris non posse. In oppositione enim non disconvenire solum attributa, sed & subiecta convenire oportet. Quæ enim oppositio, quamve aptum discrimen hoc modo foret. Plures defensiones coniunctim competentes una proponi possunt. Ast plures actiones disiunctim competentes nec separatim exerceri possunt, sed ubi una actum, altera consumpta est. Huc autem recidunt cum Donelli, tum aliorum fere interpretationes. Nam cum Donelius putat eiusdem rei nomine dici *d.* §. 1. quæ ad idem obtinendum, & una peracta, etsi nihil consecutus sit actor, reo absoluto, aditum ad aliam esse præclusum, nonne de disiunctim competentibus actionibus accipit, quæ nihil minus quam concurrunt ut *supra N.* 1. Etsi enim complectitur plures quæ vere concurrunt, exempli gratia, Condictio furtiva, & actio commodati: tamen ex ea interpretatione sequeretur eas disiunctim competere; quæ immo competunt coniunctim, quæque ne separatim una post aliam exerceantur, nihil impedire potest, quam si idipsum consecutus sit actor, ad quod posterior actio prodita est, ut sequitur. Sensus igitur *d. L.* 43. §. 1. est: *Quoties concurrunt plures actiones*, id est, non una ex iis, sed omnes, non alterutra, sed utraque competit ut *supra N.* 1. *eiusdem rei nomine*, id est, ratione, seu de eadem re; sive ad idem consequendum, ut in *L.* 18. §. *ult. de pec. Const.* sive ad aliud omnino, ut actio furti & condictio furtiva; vel ex parte, Commodati & Aquiliæ. *una quis experiri debet*, id est, Variis simul actionibus uti non licet, ut *L.* 76. §. *penult. de L.* 2 ubi vocula *simul* arguit a contrario separatim, immo licere, de quo mox. Hanc expositionem non suadet modo, sed exigit vis verbi *concurrere*, alias oratio secum ipsa pugnans hoc sensu. Cum utraque actio competit, alterutra competit, cum omnes una, ex illis una. Eadem videtur sententia *L. plura* 53. *de O. & A.* ut & ibi: *omnibus uti* interpretemur, scilicet simul *d. L.* 76. §. *penult.* alias insolubilis dissensio *d. L.* 53. & *L.* 32. *eod. tit. ut & L.* 2. *pr. de priv. delict.* ALTERA, Num separatim vel diversis iudiciis exerceri possint? Ubi regula: Actiones de eadem re concurrentes, alia aliam non consumit vel tollit. Quæ non solum generatim expressa *L.* 130. *de R. I.* §. 1. *in fin. l. Si quadr. paup. fec.* & in specie de pœnalibus *L. pen. de O. & A.* sed & perpluribus aliis iuris locis innuitur. Passim enim ubi eiusdem rei ratione dicitur *& hac & illa* actio dari, (hoc autem est concurrere) additur quod alia aliam non tollat *L.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr.* *L.* 45. *pro Soc.* *L.* 12. *Cod. de furt.* non consumat *L.* 18. *de O. & A.* *L.* 18. §. *ultim. de const. pec.* *L.* 2. §. 1. *de priv. delict.* *L.* 2. §. 1. *de condict. furt.* Quare hic si una, quacunque prius actum, per sententiam ipsam nunquam contingit liberatio ab alia, sive ea reus condemnetur. Etsi nec in altera amplius sit, plurisve intersit. Nam quod iudicati obligatio præcedentem novat, non de alia verum quam de ea, quæ in iudicium deducta est. Sed tantum solutio rei aut consecutio & perceptio actoris quatenus & quousque solutum perceptumve est, *d. L.* 18. §. *ult. de pec. const. d. L.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr.* Tunc enim non vi litis contestationis, aut iudicati actione priori tollitur posterior, sed solutione; tollendæ cuiusvis obligationis modo communi. Et posterior exerceri non potest efficaciter, non quia prior exercita, & ad finem perducta, sed quia nihil abest actori eiusve non interest. Nam & si extra iudicium solutio facta, & ita neutra actio exercita esset pariter ad utramque obligationem profecisset *d. L.* 18. §. *ult.* Potest autem intentari cum effectu etsi prior finita, si necdum quid inde consecutus actor, aut ea reus absolutus, de quo mox. Quid quod nec ea ipsa actio, quæ exercita, aliter iudicati obligatione novata & ita perempta est, quam quatenus expedit actori ut *supra Lib.* 16. *Cap.* 20. *n.* 37. *vers.* sed si *N.* 22. Quanto minus igitur sententia per se citra exsecutionem vel iudicatum, antequam id factum, sive paritum est actiones concurrentes peremit. Nam etsi Donellus hic stulte quæri aliam actionem ad idem, de quo iudicatum alia est. Variæ tamen caussæ incidere possunt, ut etiam plane pro eodem obtinendo expediat nova potius actione uti, quam exsecutionem ex priori petere. Quin etsi solutum sit, ceu ex alia obligatione iuxta quidem nostrorum opinionem ut *infra N.* 11. alia actio concurrens, si stricta sit, ipso iure superest, sed quatenus idem petit, exceptione doli submovetur *L.* 71. *pr. de furt.* Sin bonæ fidei ideo iure perempta creditur *L.* 34. §. 1. *de O. & A.* quod ista exceptio natura iudicii insit; Quia contra bonam fidem bis idem exigi *L.* 57 *de R. I.* Quare ubi nondum solutum, multo magis actio concurrens supererit, nisi exceptione repellatur: Ast quænam illa exceptio. Transiu inductione per omnia exceptionum genera. Nullam hic convenire reperi. Siquidem rei iudicatæ exceptio condemnato nunquam competit *L.* 16. *de except. rei iudic.* & nec hic absoluto competere potest ut sequitur. Sive absolutus sit. Etsi enim Donellus hic exceptione rei iudicatæ hunc tutum sentiat. Verissimum tamen: Quæcunque actiones concurrunt, sive idem plane petant, sive aliud, & sive persecutio alterius plane diversa, ut neutra in altera ulla ratione insit; sive uberior solum altera, ut hæc illi quasi partis ratione insit sive hac sive illa; graviori aut leviori, prius

loquuntur, non posse nos plures actiones eiusdem rei nomine 5 cumulare. Idque rei æquitas suadet etiam si superiore regula destitueremur. Nam qui unam actionem rei recuperandæ caussa intendit, quamcunque adiecerit postea eiusdem rei nomine, eam necesse est esse supervaceuam, cum prior sufficeret. Iniquum est autem 6 reum supervacua actione onerari, ut de supervacua cautione responsum est in *L. hæc stipulatio*, *§. 1. D. ut leg. seu fid. nom. cau.* Et quorsum actori alia adiuncta actio, nisi ut reum oneret non necessariis allegationibus nullo suo lucro? Bene autem Celsus in huiusmodi postulationibus negat, malitiis esse indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Nihil huic sententiæ contrarium a veteribus traditum reperiemus.

VII. Obiicitur tamen *L. 1. §. quia autem*, *D. quod leg.* ubi de re heredi-

taria ab aliquo occupata dum incertum est, utrum is pro legato, an pro herede prove possessore possideat, permittitur heredi agere petitione hereditatis, & simul interdicto quod legatorum; ut sive possessor possidebit pro herede, rem restituat priore iudicio; sive pro legato, saltem interdicto teneatur. Sed verbis hic proponuntur de eadem re actiones plures: re autem vera & exitu non nisi una actio. Instituuntur enim hæ actiones sub contrariis conditionibus ita, ut non possit nisi una ex his vera esse conditio: atque hac admissa sic locus fiat uni actioni, ut altera etiam intentione & sententia actoris repudietur. Nam cum petitionem hereditatis intendit heres, agit sub conditione, si reus possideat pro herede, prove possessore. Quæ si conditio vera est, non possidet reus iusto & speciali Titulo, eoque nec pro legato: proinde nec interdicto

prius expertus actor, uti condemnatio sola non liberat altera, qua nec dum actum est, ceu iam firmavi, ita nec absolutio: Probo hoc tum ex iure: (1) per sæpe dictam regulam *L. 130. de R. I.* Nunquam consumit. Ergo nec si peractum iudicium, nec si nondum finitum; & peracto eo, nec si condemnatus reus, ne si absolutus. Sententia enim propter actionem secuta est, & via est ut non dicatur actione sublatum, quod sententia (2) per *L. 28. de act. em. L. 2. §. 1. de tut. & rat. distr.* ubi hac conditione tollitur iudicium concurrens, si consequutus fuerit actor. Exempla per vulg. (3) *per d. L. 28. §. ultim. de const. pec.* ubi habetur si quis una actione egit, (ac sic vicit vel victus est) non nisi solutione liberari Reum ab alia (4) Absoluto reo in priori iudicio necesse est posteriorem salvam manere, quia nihil est quod eam peremerit. Non institutio istius actionis & litis contestatio, quia alias hæc non concurreret cum illa. Non solutio, quia nulla facta. Non sententia denique absolutoria, quia inde nata exceptio rei iudicatæ actioni, quæ cum priore concurrit, obiici nequit, quicquid hic contra Donellus. Siquidem ut ea detur coniunctim requiritur, ut & eadem res iterum petatur & ex eadem caussa *L. 14. pr. de exc. rei iudic. infra Lib. 22. C. 5.* Perpetuum autem dicere ausim, quoties plures actiones concurrunt, semper, aut utrumque aut aliquod horum deesse, ut vel alia res petatur una, quam altera; vel alia caussa petendi sit. Exemplis hoc clarum fiet. Utrumque deest, cum Commodati & Furti actio concurrunt. Nam in illa intentio actoris rem reddi, & id quod interest sua se mature recepisse, præstari debere. Caussa petendi & medium concludendi, quia commodavit. In hac intentio Quadruplum præstandum: Caussa vel ratio, quia reus rei commodatæ furtum admiserit. Res eadem & caussa diversa, cum commodati & condictio furtiva concurrunt. Illic enim caussa, quia Commodatum, hic quia res furto ablata. Sic cum de eodem legato Rei vindicatio ex dominio, & actio ex testamento ex quasi contractu. Et ita quoties pœnalis missa cum mere persecutoria competit, & quatenus in illa amplius, aliud petitur, & semper caussa petendi diversa. Quippe illa ex delicto est; hæc caussæ contractus, vel quasi, aut dominii fere innititur. Caussa denique eadem & res diversa in actione furti & condictione furtiva &c. Idem iudicium de reliquis, ut inductione constabit. *Tum ex æquitate.* Evidenter enim iniquissimum proficere hic rei iudicatæ exceptionem parumper rem expendens reperiet. Quid enim si in condictione furtiva succubuit actor, quia non potuit probare se dominum rei esse. An ideo minus verum eum commodasse. An qui L. Aquil. intentata actionem probare non potuit damnum dedisse reum, rupisse, fregisse rem suam, idcirco minus æquum est rem ipsi restitui, si rei vindicationis iudicio se dominum esse sit probaturus. An quia legatarius vindicatione restituta, probatione dominii defectus, idcirco minus verum rem legatam esse eam ab herede præstandam, &c. Quid? Nonne absoluto possessore iudicio reali, superest L. Aquiliæ; imo quandoque is absolvendus, ut illa agi possit; *L. 24 de R. V.* Num igitur, quia priori iudicio vicit reus, exceptioni rei iudicatæ contra L. Aquiliæ actionem pro concurrente quantitate, seu quatenus idem petitur hac actione, quod illa petitum est, proficit, ut effectum tantum habeat posterior actio in eo, in quo priorem excedit? Hoc sane consequens foret. Quod quam inconveniens quis non videt. Pluribus hæc firmari possent. Sed eamus porro.

5) De Cumulatione actionum multa & intricata DD. est tractatio. Eam iuri civili ignotam contendit Char. 3. *Verisim.* 7. (1) quia magistratus plures una formula concepisse actiones nusquam legitur. (2) Cuique actioni sua solemnis iudicii formandi figura (3). Iurisconsulti non simul, sed nunc unam, nunc alteram posse intendi dicunt. Pluribus equidem, ait, actionibus experiri licuit, sed eæ singulatim dari solitæ. Quæ confirmat Obrech. *de Concip. libell.* C. 23. Donellus autem noster hic Complexionem eodem libello earum actionum negare solum videtur, quæ ad idem consequendum propositæ. Admittere autem in iis, quæ ad aliud consequendum, quas diversarum rerum vocat, etsi de eadem re sint, ut actio furti & condictio furtiva. Hot. *Ill. Q.* 29. variarum rerum nomine actiones simul edi posse scribit, per *L. 11. de iurisd. L. 35. §. 1. Locati.* Et F. Fab. ad *d. L. 43. de R. I. p.* 214 Pluribus, ait, actionibus idem cum eodem uno etiam iudicio agere potest, per *d. L. 11.* Sed plures intelligit diversarum rerum alio sensu, quam Donellus, quæ & de rebus aliis, ut in *L. 29. de O. & A.* Ræv. ad *d. L. 43. §. 1* statuit omnes actiones eiusdem rei nomine concurrentes apud Prætorem uno contextu propositas & decretas fuisse. Sed ubi ad datum iudicem lis translata, una electa, reliquas iudicis officio omissas per *L. 25. §. 5. Loc. L. 3 §. ult. Naut. caup. stab.* quæ hoc non probant. Quid iure verius ex dictis supra constare potest. Cæterum non vacat regulas DD. & doctrinam, quando Cumulatio iudicio eodem licita, vel non, expendere. De iis consule Obrech. *de Concip libell. Cap.* 23. *& seqq* Petr. Frider. *Lib.* 3 *de Continent. Causs. Cap.* 10. *& seqq.* Gilken. *ad leg.* 3. *Cod. de edenda n.* 152. *& seqq* Zang. *de Exc. P.* 2 *Cap.* 19. Speckhan. *Cent.* 1. *Quæst* 66. Et hi fere totam materiam expendunt. Sparsim alii de Cumulatione possessoriorum, petitorii item & possessorii, &c. Menoch. *Adip poss. Remed.* 2. *n.* 12 *& n.* 105. *ac seqq. & Remed.* 3. *n.* 160. *& Remed.* 4. *n.* 515. *& seqq. ac Retin. poss Remed.* 3. *n.* 507. *& seqq.* Achil Personal. *Tr. Interd. Quor. bon.* n. 460. *& seqq.* Coras ad *L.* 12. §. 2. *de acq. poss. P.* 3. Rulant *de Commissar. P.* 3 *Lib* 4. *Cap.* 4. Mynf. 1. *Observ.* 57. *ac seq.* Gail 1. *Ob* 63. Wurmser. *Titul.* 46. *Obs.* 6. Hartam. *Tit.* 45. *Obs.* 6. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam* 9. n. 14. *& seqq. & Tomo* 4. *Decis.* 2. *&c.*

6) P. Fab. *ad L.* 43. *de Reg. I. pag* 216 Quia, ait, non ea mente delatæ plures actiones, ut simul distendantur, sed ut liberior sit agendi facultas *L.* 76. *§. pen. de L.* ..

quod legatorum potest simul teneri. Rursum cum heres agit interdicto quod legatorum, agit sub contraria conditione, si reus rem occupatam pro legato possidet. Quæ si potius conditio vera est, hoc jam contra evenit, ut non possideat reus pro herede, eoque nec teneatur petitione hereditatis. Ita fit omnino, ut semper ex his conditionibus 7 una tantum relinquatur actio, qua heres experiatur altera exclusa, vel potius ultro ab eo repudiata. Quod Ulpianus ibidem aperte declarat, cum subjicit, sic solere nos facere, *quoties incertum est, quæ potius actio teneat*: nam duas nos dictare, protestatos ex altera, nos velle consequi, quod nos contingit. Obiicitur etiam, quod traditur in §. *præterea, Inst. quod cum eo*, ex contractu servi cum domino simul agi posse & de in rem verso, & de peculio. Sed ut intelligatur nihil hic contrarium dici superioribus, nominatim in eodem §. scriptum est, non duas hic actiones esse, sed unam, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur: eam tamen, quæ duas habeat condemnationes: hoc in *d.* §. *præterea*, vers. *licet*, idque ita in principio eius §. explicatur; unam videlicet hic actionem esse, qua ita agitur, ut si quid in rem domini versum fuerit, id totum præstare debeat: si quid non sit versum, id saltem eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. Nos autem duas actiones de eadem re simul instituí hic vetamus. Nihil igitur verius, quam cum plures actiones de eadem re concurrunt, nunquam pluribus simul experiri licere, ubi scilicet ad ius actoris una sufficit: atque hoc primum efficitur illis verbis superioris regulæ, quibus ita definitur, ex his actionibus una tantum quem experiri debere.

VIII. Alterum continetur iisdem verbis, ut quemadmodum pluribus actionibus eiusdem rei nomine concurrentibus, simul pluribus quis experiri non potest: ita separatim si una egerit, non possit altera amplius experiri: ne si hoc illi concedatur, incipiat dici posse quem ex his actionibus experiri pluribus, quam una: quod regula prohibet. Quid ergo fiet altera, quæ prius iure competebat? Nempe hoc evenit, ut ea qua prius actum est, alteram consumat, quæcumque competierit eiusdem rei nomine. In quo ne de priore illa sententia dubitetur, hæc posterior Pauli est diserte scripta in *L. qui servum*, §. 1. *de oblig.* & action. *Si is*, inquit, *cui rem commodavero, eam surripuerit; tenebitur quidem & commodati actione, & condictione* (agnoscis plures actiones de eadem re, seu eiusdem rei nomine) *sed altera actio alteram perimit, aut ipso iure, aut per exceptionem: quod est tutius*: hoc ille. At unde tandem hæc consumptio posterioris actionis, si nihil fecit actor, quo reum illa actione posteriore liberaret? & quodnam illud est, unde colligatur hæc liberatio? Hoc illud est videlicet, quod effectus cuiusque iudicii in re petita suggerit. Nam si reus priore actione absolutus est, nanciscitur exceptionem rei iudicatæ, qua tutus hoc assequitur, ne possit iterum de eadem re conveniri, quantumvis conveniatur alia actione. *L.* 5. *D. de obl. & act.* Quod si prius reus victus est, satis esse debet adversus eum hæc condemnatio. Sive enim iam iudicatum solvit, bona fides non patitur, ut bis idem ab eo exigatur, *L. bona fides*, *D. de regul. iur.* sive nondum solvit, tamen hoc perinde habendum est; cum actione iudicati id omnimodo facere cogatur. *L.* 4. §. 1. *D. de re iud.* Et valde stultum sit novam actionem quærere ad id obtinendum, in quo iam exsecutionem iudicati partam habeas. Utrum autem horum acciderit, semper eveniet, quod dixi, & scriptum est in *d. L. qui servum*, §. 1. *de oblig. & action.* ut prior actio in his posteriorem de eadem re competentem perimat.

IX. At hic videamus, ne alii loci huic sententiæ velut ex professo adversentur. Certe in *L. nunquam*, *D. de obligation. & action.* exstat hæc definitio Ulpiani contrariis plane verbis scripta: *nunquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes, alia aliam consumit*. Et ne forte hoc dictum putemus de pœnalibus tantum actionibus, cæterum ad rei persecutorias non pertinere, de quibus agitur in *d. L. qui servum alienum*, 34. §. *si is, cui rem*, 1. *D. de actionib. & oblig.* exstat inter regulas iuris alia eiusdem Ulpiani definitio superiori non dissimilis, his verbis concepta; *nunquam actiones præsertim pœnales de eadem re concurrentes*,

7) P. Fab. *ad d. L.* 43. *p.* 216. Hipp. a Collib. *ibidem p.* 177. & Obrecth. *de Concep. libel Cap* 13. *n.* 9. tunc solum proponi una duas actiones posse, cum actor probabili caussa comper.um non habet, utra actione utendum, ut si vel nesciat quo titulo reus possideat *d. L.* 1. § 4. vel de viribus testamenti dubitetur, ubi duplex actio (1) quasi testamentum iure non sit perfectum, (2) quasi inofficiosum sit, *L. contra* 16. C. *de inof. test.* Sed Hot *ill.* Q. 29. *p.* 236. actionis verbum in *d. L.* 16. improprie sumi pro intentione, cum de iniusto testamento nulla sit actio, sed incidens quæstio esse soleat in hereditate vel bonorum possessionis petitione *L.* 1. *Cod. de ord. iudic.*

tes, alia aliam consumit, L. nunquam, *D. de reg. iur.* quibus verbis, omnes eum actiones de eadem re concurrentes etiam rei persecutorias complecti apparet. Hoc enim, praesertim poenales, valet maxime poenales. Inepte autem diceret maxime poenales tales esse, si solae poenales essent in hoc numero. Denique apparet dici hoc de poenalibus per comparationem caeterarum: cuius comparationis haec vis est, ut intelligamus, omnes quidem actiones de eadem re concurrentes eodem illo iure haberi: sed inter omnes maxime eas, quae sunt poenales. Ut eum dicimus, in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. Eaque vis huius verbi [8] praesertim satis indicatur cum alibi passim, tum in illa definitione *L. in ambigua*, *D.* de legib. *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.* Hoc enim significatur, semper quidem eam interpretationem capiendam esse, quae vitio caret, hoc ipso quod vitio caret: sed maxime ideo, quia voluntas legis ex eo colligi potest. Et sunt quidem illae veterum superioribus in locis sententiae, in speciem ita repugnantes, ut videri possint contrariae. Sed in verbis haec repugnantia est; in re nulla. Proprie recte dicitur, plures actiones de eadem re concurrentes sive rei persecutoriae sint, sive poenae, nunquam unam alteram consumere. Nunquam enim una per se aut natura sua aliam consumit. Alioqui dicendum esset, simulatque plures propositae essent de eadem re, continuo ab ipsa origine aut unam solam manere, caeteris per hanc sublatis, aut, quod est absurdius, omnes tolli, quia mutuo concursu sese perimerent. Nunc autem constitutae, ab initio omnes manent, estque in potestate actoris eligere, quam velit, eamque prius exercere. *d. L. qui servum.* in pr. *de obl. & act.* Quinetiam etsi quis hactenus unam elegerit, ut agendo litem contestaretur dumtaxat; tamen ne litis quidem contestatione secuta una aliam consumet; sed erit in potestate actoris hac omissa ante rem iudicatam ad aliam transire. Si quis, exempli gratia, cum duas has actiones de re haberet, commodati, & condictionem furtivam, condictione furtiva egerit, & litem sit contestatus; si animadvertat se facile furtum probare non posse, aut se dominum esse, quae duo in hac condictione actori probanda sunt. *L. 1. D. de cond. furt.* potest ex poenitentia repudiare condictionem institutam, & transire ad actionem commodati, in qua facile probare possit commodatum, nec necesse habeat docere se esse dominum. *L. commodare. L. ita, D. com.* Sic enim licet editam actionem non solum emendare, sed etiam mutare, ut est in *L. edita, C. de eden.* idque & ante, & post litem contestatam, dum ante rem iudicatam, ut illic docuimus. Neque hic excipimus ullam actionem. Nam quod in *L. quod in berede*, §. 1. *D. de trib.* scriptum est, eum qui ex contractu servi agere cum domino potest vel tributoria, vel de peculio, eligere debere, qua actione experiatur, *cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum:* electionem illic accipere debemus, quae sit cum effectu, idest, qua actio in iudicium deducta sit, & ad exitum iudicii perducta. Nam & Paulus in *d. L. qui servum*, in pr. *de obl. & act.* in eo cui ob servum eius contumeliose verberatum quaesitae sunt duae hae actiones, legis Aquiliae, & iniuriarum, ait una electa alteram, in qua non sit amplius, consumi: ubi tamen ipse electam interpretatur, de qua iudicium peractum est, atque adeo reus condemnatus. Reddit enim hanc rationem, quoniam desiit bonum & aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit. Sed & Ulpianus in *d. L. quod in berede*, §. 1. declarat se hoc ipsum sentire, cum ita subiicit: *plane si quis velit ex alia caussa tributoria agere, ex alia de peculio, audiendus erit*; hoc enim dicit, quanvis quis ex una caussa egerit tributoria & minus consecutus sit, quam vellet, aut speraret, non tamen prohiberi eum ex alia caussa agere de peculio. Hactenus ergo vere dici apparet, nunquam plures actiones de eadem re concurrentes unam aliam consumere. Nihil contrarium dicit Paulus in *d. L. qui servum*, §. 1. cum de actione commodati, & condictione furtiva commodatori domino parta scribit alteram actionem per alteram perimi. Hoc enim sic intelligir, si modo altera actione commodator prius egerit, & iudicium peregerit. Nam & idem, ut paulo ante attigi, initio eius capitis dixerat altera electa alteram consumi: atque hanc ipsam electionem velut interpretans ostenderat se eam actionem intelligere, qua iudicio actum esset, quaque

8) Hoc quidem recte. Quam vim voculae *praesertim* & agnoscit P. Fab. *ad d. L.* 130. *p.* 556. Cuiac. 8. *Obs.* 24 per hanc ipsam voculam huic regulae solum locum esse in poenalibus. Neque etiam in illis omnibus, sed iis tantum quae ex pluribus factis. Quem notat Cabot. 1. *Disput.* 30. *p.* 166. *et seq.* Quae autem vera regulae sententia vid. *supra Not.* 4.

que adeo reus condemnatus æstimationem litis præstitisset. Adiecerat præterea, licere actori quam vellet actionem ex pluribus non eligere, sed exercere, & si quid amplius esset in altera, etiam hoc exsequi: significans si nihil esset amplius, tum actorem ex priore consecutum quod peteret, eo contentum esse debere. Verissima hæc [9] sententia est, cum ex pluribus actionibus de eadem re concurrentibus actor una egit, & res iudicio finita est, continuo alteram actionem de eadem re consumi. Neque ideo sententia superioribus illis definitionibus contraria, quæ unam actionem per alteram unquam consumi negant. Nam si proprie loqui volumus, cum una actione prius actum est, si ob id perimitur altera actio, non tam hic prior actio dicenda est alteram consumere, quam rei cum quo actum est, victoria, aut huius ipsius condemnatio. Victoria, propter exceptionem rei iudicatæ, quam consequitur absolutus. Huius condemnatio, quia præstat condemnatus litis æstimationem: quæ præstatio facit, ne idem amplius ab eo possit exigi.

X. Hoc modo una actio, per quam quis consecutus sit quod petebat, aliam de eadem re competentem perimit, *aut ipso iure*, inquit Paulus, *aut per exceptionem*: & addit hoc posterius se putare totius. *d. L. qui servum*, §. 1. *de obl. & act.* quod quid sit, pluribus exposuimus suo loco ad §. *actionum autem*, *Inst. de act.* & ad *L.* 5. *D. de pact.* Sed tamen nihilominus verum est, posteriorem vere interdum perimi ipso iure, interdum solum per exceptionem. [10] Perimitur ipso iure, cum actio posterior est bonæ fidei; perimitur per exceptionem, cum posterior actio est stricti iuris. Idque ita declaratur in *L. si is cui*, 71. in pr. *D. de furt.* his verbis; *Si is*, inquit Iavolenus, *cui commodata res est*, *furtum ipsius admisit: agi cum eo & furti* (idest condictione furtiva, de quo paulo post) *& commodati potest: & si furti actum est*, *commodati actio exstinguitur: si commodati*, *actioni furti exceptio obiicitur.* Commodati actionem exstingui ait: quo significatur ita tolli, ut nulla supersit, proinde & perimi ipso iure. Cur ergo hanc ipso iure perimi vult; condictionem furtivam per exceptionem, ut hanc a reo necesse sit initio obiici, & contestari? Nempe quia commodati actio est bonæ fidei: §. *actionum autem*, *Inst. de actio.* condictio autem furtiva stricti iuris, quod intelligitur ex eo, quod non numeratur inter bonæ fidei actiones. *d.* §. *actionum*. At cur tollitur illa potius ipso iure: quam hæc? Differentiæ ratio indicatur in *L.* 3. circa fin. *D. de resc. vend.* quia scilicet exceptiones in bonæ fidei iudiciis initio caussæ nihilominus vi & potestate ipsius iudicii insunt, ut quandocunque ante rem iudicatam allegatæ & probatæ sint, reum condemnatione eximant. Strictis autem iudiciis non insunt aliter, quam si nominatim initio contestatæ sint, atque hoc modo in iudicium deductæ: locus a me pluribus expositus ad *d.* §. *actionum autem*, *Inst. de act.* Consequitur autem hanc consumptionem per exceptionem reus, non solum in posteriore actione, qua iterum cum eo de eadem re agitur; sed etiam in priore; dum in ea, qua alioqui recte agitur, negat se soluturum, quod inde petitur, nisi reliquæ actiones de eadem re competentes ab actore remittantur. Quod cum reus postulat, placet actorem cavere oportere, se aliis actionibus non usurum; aut si malit actor aliis potius tanquam plenioribus experiri (cuius rei sit illi potestas) placet [11] reum priore actione absolvendum. *L. unde*, 7. in

9) De hisce omnibus quid habendum satis tractavi *supra Net* 4 ubi vide.

10) Ita & Cuiac. *ad Leg.* 130. *de R. I. pag.* 316. P. Fab. *ibid. pag.* 551. Vinc. Cabot. 1. *Dispat. als. pag.* 166. & Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 22. *num.* 14. ipso iure si prius condictio, actio stricta, per exceptionem, si Commodati actio prius intentata *d. L.* 71. *pr.* Sed additur in *d.* §. 1. quod est totius. Ita enim Pandectæ Florentinæ habent. In vulgata legitur *tutius*. Quæ passim probatur nulla fere variantis lectionis mentione. Quasi sensus: Etsi bonæ fidei iudicio exceptio insit, magis tamen sibi consulit reus si eam initio opponat. *Donellus infra Lib.* 24. *Cap.* 2 *sub fin* Obrech. *d. Cap.* 22. *n.* 15 Forner. 3. *Rer. quotid.* 11. Quia crebra alias literarum *o.* & *u.* commutatio, sicuti epistola, suboles &c. *totius* hic pro *tutius* irrepsisse. Tuetur Florentinam licet hoc modo: *Peremit altera*, id est, commodati, *alteram*, id est, condictionem, aut *ipso iure*, si integrum consequutus actor, nec Condictio uberior, *aut per exceptionem*, ubi aliquid amplius in condictione (exinde forte, quia æstimatio in ea fit ex tempore quo res unquam plurimi *L.* 8. §. 1. *de condict. furt.*) quod etsi fuit et ... hæc posterior *totius*. id est, si nulla mentione eius, quod priori iudicio iam adeptus actor, posteriore totum petat. Quæ exceptio doli mali est, *L.* 28. *de act. em.* per *L.* 57. *de R. I.* iunct. *L.* 1. *de dols except.* Sic & vice versa. Si condictione prius expertus & rem, vel rei æstimationem consecutus Commodati agat, itidem distinguitur. Si solidum illa consecutus ipso iure actio Commodati non tenet, solutione exstincta. Quod si quid amplius intersit Commodatarii præter æstimationem rei Commodati superest arg. *L.* 47. *pr. Pro soc.* & quidem tota, per *L.* 27. *de sol.* sed si ea solidum exigere velit exceptione doli arcetur. Sane prior ista expositio facile convellitur. Neque enim rite accommodatur regula. Bonæ fidei iudiciis exceptiones insunt. Cum vera solutione, modo integre facta, id est, præstatione eius totius quod debetur, undecunque obtigerit, quævis obligatio, etiam quæ ex stricti iuris contractu, tollatur *supra Lib.* 16. *C.* 12. Fac. *L.* 18. §. *ult. de contr. emt.*

11) Et ita actione reali iam institota & de ● iudicio accepto transire licet ad actionem L. Aquiliæ. Neque enim alias absolvi reus ab altera posset, nisi ea prius impetitus. Unde opinio Hortlederi convellitur, ut *infra N.* 56. Atque hæc mutatio licita in quibusvis concurrentibus actionibus, contra in iis quæ disiunctim competunt, ut *supra N.* 4.

in fi. *D. com. L. non solum.* 10. in fi. & *L. seq. D. de rei vind.*

XI. Postquam pluribus actionibus circa eandem rem concurrentibus, in quæstione de his exercendis hæc iuris distinctio est, ut si diversarum rerum actiones sunt, liceat experiri omnibus; si unius rei, non liceat nisi una; & quam significationem utrumque habeat, tenemus: restat alterum, quod distinctio exigit, & de quo antea proposuimus, ut quæramus, quæ sint diversarum rerum, quæ unius rei actiones; videamusque ecquid per omnes horum generum species sententiæ superiores congruant: tanto diligentius utrumque cognoscendum, quod de eo non paucæ sunt, & hæ iustæ dubitationes. Id autem ex hac divisione facile assequemur. Quoties plures actiones circa eandem rem concurrunt, aut omnes rei persecutionem continent; aut una rei persecutionem, altera solum pœnæ; aut ita una persecutionem rei, ut altera mista sit, tam eiusdem rei, quam pœnæ persecutoria; aut omnes sunt pœnales, sive sint pœnales solum, sive mistæ, id est, ita comparatæ, ut cum rei persecutione pœnam coniunctam habeant.

XII. Si omnes rei persecutionem continent, sunt [12] eiusdem rei actiones. Nam rei persecutionem continere dicuntur, quibus persequimur id quod nobis abest. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* hoc autem in omnibus actionibus de eo competentibus unum idemque est. Huiusmodi actiones sunt exempli gratia, commodati, locative, & condictio furtiva, interdum & adversus confitentem legis Aquiliæ actio; si hæ actiones eiusdem rei nomine & ex eodem facto concurrant, quod his caussis accidit. Cui res commodata erat, eam subripuit: tenetur rei nomine & commodati actione, & condictione furtiva. Et colonus si quid subtraxit ex fundo, tenetur eodem nomine & actione locati, & eadem ista condictione. Qui si rem commodatam locatamve fregerint, ruperint iniuria; tenebuntur ille commodati, hic locati, & coniunctim ambo lege Aquilia, quæ actio & ipsa interdum eiusdem rei persecutionem continet, puta si adversus confitentem agatur: & res rupta sit, quæ prius integra fuerat. Sic & socius si damnum in re communi dederit, damni nomine & Aquilia tenetur, & nihilominus pro socio. Idcirco & in his caussis legimus pariter responsum id, quod generali regula supra complexi sumus; eum videlicet, cuius res fuit, plus una experiri non posse, & quod idem valet, una contentum esse debere; una alteram consumi; usque adeo, ut consequi possit reus priore iudicio, ut altera actio sibi remittatur: quæ si remissa non erit conventione, tamen ipsa sua sponte perimatur, saltem per exceptionem: hæc in *L. qui servum, §. 1. D. de obligation. & action. L. sed si ex caussa,* 47. & 3. seqq. *D. pro soc.*

XIII. Hic nobis excipiendæ sunt in socio qui rem communem intervertit, actio pro socio, & condictio furtiva. Harum utraque tenetur socius, qui furtum fecit. Sed & utramque cum persequatur rem quæ abest, rei persecutoriam esse constat. *§. sequens, Inst. de actio.* Etiam utraque ut plurimum idem continet: quod cum sit, etiam ad regulam superiorem ambæ pertinent, ut sive pro socio actum sit, cesset condictio furtiva; sive condictum ex caussa furtiva, cesset pro socio actio, ut est in *d. L. sed si ex caussa,* 47. *pro soc.* Sed interdum plus continet actio pro socio. Nam in condictionem furtivam solum venit res furtiva aut eius æstimatio. *L. in re, D. de cond. furt.* Actio pro socio non rem ablatam solum persequitur, sed etiam quanti socii interest eam ablatam non esse; quod interdum longe egreditur ipsius rei æstimationem. Id cum accidit, non possumus uti regula superiore, ut dicamus socium hic plus una istarum experiri non posse, cum aperte non concurrant plures istæ actiones eiusdem rei nomine. Et ideo in [13] *d. L. sed si ex caussa,* recte adiectum est, post condictionem furtivam, qua socius egerit, non cessare pro socio actionem, si pluris eius intersit: dum hoc facto scilicet socius societatem læsit: quod ipsum ita explicatur continenter in *L. si hoc facto,* 49. si exempli gratia negotiatorem servum vulne-

12) At ex iis quæ *supra N.* 4. constat plures de eadem re actiones rei persecutorias ad diversa competere. Conspicuum id in rei vindicatione & actione ad exhibendum. Propius verum accedunt, qui nunc misceri & inter se confundi plures rei persecutorias, cum ex eadem omnes caussa, ut eodem contractu, vel delicto admisso in re de qua contractum qui sive contractum est, ut si colonus e fundo quid subtraxerit, si quis vestem commodatam sciderit. Secus si ex pluribus caussis ad idem competant, sive similes eæ, ut *L.* 10. *de act. em* sive dissimiles ut *L.* 18. *de O. & A.* Ubi una peracta altera superest, sive priori victus actor, ut *L.* 93. §. 1. *de L.* 3. *L.* 28. §. *alt. de lib. leg.* sive vicerit *d. L.* 10. *d. L.* 18. Hot. *Ill. Q.* 29. P. Fab. *ad L.* 43. *d. R. I. p.* 217. *& ad L.* 130. *e. d. p.* 551. Obrech. *de Concep. libel. Cap.* 22 *n.* 17. *& seqq.*

13) Add. *L.* 43. *eod. L.* 28. *de act. em.* Unde apparet posse persecutoriam aliam plus altera continere. Neque hoc peculiare actioni Pro socio, sed & ex quovis contractu quandoque plenior actio ipsius contractus quam quæ ex delicto circa eum admisso, vide & Obrech. *d. C.* 22. *n.* 12. *&* 16.

vulneravit, vel occidit: quo facto negotiatio conquiesceret, & lucrum societatis intercluderetur. Quid ergo tum fiet? nempe post condictionem furtivam supererit etiamnum socio actio pro socio, non qua idem, quod prius, sed quod amplius eius interest, consequatur. Nam prius & regula superior, & bonæ fidei ratio prohibent: *L. nemo ex his*, §. 1. *L. bona fides*, *D. de regul. iur.* posterius priori illi regulæ consequens est, quæ diversarum rerum actiones simul admittit: de quo amplius in tertia & quarta specie propositarum actionum dicetur.

XIV. Quod si ex pluribus actionibus circa eandem rem concurrentibus una erit rei persecutoria, altera solum pœnæ: perspicuum est hic actiones proponi diversarum rerum. Quales ex furto nasci diximus, actionem furti, & condictionem furtivam: illa pœnæ solius furti: hanc rei furtivæ extrinsecus persequendæ caussa comparatam. §. *ult. Inst. de obl. & act.* Ideo & has quoque in tam diversarum rerum persecutione in ea caussa esse diximus, ut neutra alteram tollat, consumat: neutra denique alteri obstet, quominus cum una egerimus, liceat etiam altera experiri [14] *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. fur. L. rei communis*, 45. *L. si actione*, 50. *D. pro soc.*

XV. Quæ sententia etsi per se verissima est, & certa ratione iuris efficitur, ut in parte superioris distinctionis priore ostendimus: tamen eam dubiam fecit *L. si is cui*. 71. in pr. *D. de furt.* ubi Iavolenus si proprie locutus est, plane contrarium scripsit. Sic enim verba sunt: *si is cui commodata res erat, furtum ipsius admisit; agi cum eo & furti, & commodati potest. Et si furti actum est, commodati actio exstinguitur: si commodati, actioni furti exceptio obiicitur.* Hic, inquam, si actionem furti accipimus, quæ in usu iuris perpetuo ita nominatur, id est, actionem pœnalem furti (sic enim hæc nominatur ubique, & hoc verbo a condictione furtiva distinguitur *d.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del. d. L. si pro fure.* §. 1. *de cond. furt.*) aperte id dicitur, quod sit superioribus locis contrarium, cum harum actionum altera dicatur alteram perimi. Sed res facit, ut hic improprietatem verbi agnoscere & admittere debeamus, & furti actionem, quam Iavolenus nominat, interpretari, [15] non furti pœnalem, quæ proprie & specialiter ita dicitur; sed actionem ex caussa furti competentem, neque eam quamlibet, sed similem actioni commodati, id est, de re eadem. Hanc interpretationem duo suadent: primum vitium sententiæ: deinde harum duarum actionum comparatio. Cum in ambigua voce legis aliquid vitii in alterutram partem metuitur, ita præcipitur, eam significationem accipiendam esse, quæ vitio caret: quasi sit hoc ex voluntate & sententia sive legis, sive scriptoris. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Nihil est autem vitiosius, quam dici furti actionem pœnalem per actionem commodati consumi, aut hanc per illam alteram: cum hæ actiones sint maxime diversarum rerum, & absurdum sit dici eum qui res duas debeat, cum unam solverit, alterius quam non solvit, præstatione liberari. Tum autem Iavolenus duas hic actiones coniungit, & ita comparat inter se, ut singulas in consumenda altera pares faciat. Imperite omnino, nisi coniungit & comparat tanquam similes. Nihil autem minus, quam similes sunt, nisi intelligit actiones eiusdem rei persecutorias. Sane a significatione verborum facile recedi non oportet. Sed tamen & hoc ipsum fieri non conceditur solum, sed etiam iubetur, cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Iavolenum autem id sensisse, quod dixi, satis ex eo colligi putandum est, quod contraria sententia tam manifesto vitio laboret. Certe hinc præcipue colligi voluntatem legis differre scriptum est in *d. L. in ambigua*, *D. de legib.*

XVI. Missam ex superioribus speciebus duabus naturam habet tertia species earum, quarum una est rei persecutoria, altera in eamdem rem concurrens pœnalis missa, idest eiusdem rei persecutionem continens, & hoc amplius nonnihil pœnæ adiunctum habens. Nam quæ huiusmodi actiones sunt, aperte partim eius-

dem

14) Add. *L.* 42. *Locati*. *L.* 2. §. 1. *de tut. & rat. dist.* Fac. *L.* 14. §. 1. *de præs. verb.* Et has actiones omnes recte exerceri convenit. Hot. *Ill. Quæst.* 29. *p.* 238. Cuiac. *ad leg.* 130. *de R. I.* & 8 *Obs.* 24. Cabott. 1. *Disput. ult. p.* 167. *in fin.* Obrech. *de Libell. Cap.* 22. *n.* 36. si scilicet eidem in eundem competant. Nam si persequutoria in unum, pœnalis in alium, electa & peracta una, quandoque tollitur altera, ut *L.* 3. §. *ult. leg.* 6. §. *ult. Nautæ caup. stab. leg.* 1. *Cod. Mand.* Cuiac. *d. C.* 24. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 551. qui casus singulares esse scribit, cum tamen potius non sint de genere regulæ. Plane Obrech. *d. C.* 22. *n.* 15. condictionem furtivam accipit, in *d. L.* 3. §. *ult.* non pœnalem.

15) Ita magno consensu Cuiac. 17. *Obs.* 12. & *ad L.* 130. *de R. I.* P. Fab. *ibidem p.* 551. Hot. *Ill. Quæst* 29. *p.* 238. Obrech. *d. Cap.* 22. *n.* 15. Pac. 4. *Enant. Quæst.* 99. Nam & ita, in *leg.* 9. *de in lit. iur.* Ac furti actio genus est, cuius duæ species, una ad rem, altera ad pœnam *L.* 14. §. 16. *de furt.* Cuiac. *d. Cap.* 12.

dem rei ſunt actiones, partim diverſarum. Eiuſdem rei, quatenus rei perſecutionem continent, quæ res in utraque eadem eſt. Diverſarum in eo, quod amplius eſt in alterius pœna Quapropter ſupra ſcriptis regulis propoſitæ diſtinctionis probandum eſt, quatenus his rem perſequimur, una alteram conſumi, ne bis idem conſequamur: quod autem amplius eſt in altera pœnæ nomine, id altera agendo conſequi nos poſſe. Quod & ipſum placuit, quibuſcumque in cauſis huiuſmodi actiones concurrunt. Exemplo ſunt actiones hæ, ſi concurrant, actio ex contractu de re aliqua aut vindicatio, & actio legis Aquiliæ de damno in ea re dato. Incidunt autem una in cauſſis huiuſmodi. Finge eum, cui commodata res erat, aut locata, eam rem rupiſſe iniuria: ſocium idem feciſſe in re ad ſocietatem pertinente, aut adeo poſſeſſorem in re aliena, quam poſſidebat. Hic reus eodem tempore tenetur aut commodati, aut locati, aut pro ſocio, aut vindicatione, quarum actionum unaquæque rei perſecutionem continet; tenetur ſimul & actione legis Aquiliæ de damno dato. Et hæc ipſa eandem habet perſecutionem rei. *L. ait*, *D. ad leg. Aq. L. qui ſervum*, *§. ult. D. de obligati. & actionib. L. ſed ſi*, 47. iuncta *L. ſi actione*, 50. *D. pro ſoc.* Sed habet eo amplius hanc pœnam etiam adverſus confitentem, quod qui damnum dedit, præſtare debet, quanto pluris ea res fuit in triginta diebus proximis, ut ſi eo tempore quandoque valuerit viginti amplius, quam tunc cum damnum datum eſt, ad æſtimationem rei etiam hæc ſumma accedere debeat, ut declaratur in *§. capite tertio*, & *§. his autem*, *Inſt. de leg. Aq.* Quid ergo de his actionibus in iſtis cauſſis a veteribus traditum legimus? Magno conſenſu id, quod ſupra diximus, actorem quod ad rei perſecutionem attinet, una ex his contentum eſſe debere, nec poſſe ſimul eandem rem conſequi omnibus: ſi quid autem in altera amplius eſt, ut in actione legis Aquiliæ, id etiam eum Aquilia agendo conſequi poſſe: ſententia tradita his locis, *L. unde*, in fin. *D. com. L. ſed ſi ex cauſſa*, 47. *L. ſi actione*, 50. *D. pro ſoc. L. non ſolum*, 10. *D. de rei vindicat.*

XVII. Sed incidit hæc ſpecies in difficultatem circa actionem commodati, & legis Aquiliæ, ex repugnantia duorum locorum, nempe *d. L. qui ſervum*, in fin. *D. de obligat. & action.* & *d. L. unde*, 7. *D. commod.* Paulus in *L. qui ſervum*, in fin. tractans de eo qui veſtimenta ſibi commodata rupit, quem ait eo nomine & commodati & lege Aquilia teneri, cum dixiſſet in his actionibus poſt legis Aquiliæ actionem utique commodati finiri quærit, an poſt commodati actionem remaneat Aquiliæ in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt. Et, ut eſt lectio Pandectarum Florentinarum, reſpondet, verius eſſe remanere. Quæ ſi vera eſſet lectio, non hæſitaremus. His enim verbis exprimitur eadem illa ſententia, quam ſupra conſtituimus, quamque tot locis confirmatam videmus. Sed aperte lectio mendoſa eſt, & ratione a Paulo ſubiecta non obſcure refellitur. Subiicit enim Paulus: *quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum non habet.* Actionem legis Aquiliæ in eo quod amplius eſt in repetitione triginta dierum locum non habere & eandem actionem in eo non remanere, plane eadem ſunt. Aperte igitur Paulus his poſterioribus verbis declarat prius ſe hoc reſpondiſſe, actionem legis Aquiliæ in eo quod amplius eſt in repetitione dierum triginta, non remanere. Sed & ſententia ac vis rationis illius evidenter hoc efficit. Nam argumentum Pauli tale eſt. Cum principalis cauſſa non conſiſtit, nec ea locum habent, quæ acceſſionis vicem obtinent. *L. 2. D. de pecul. leg. L. cum principalis*, *D. de reg. iur.* Atqui res rupta, eiuſve æſtimatio res eſt principalis, quæ in actione commodati & legis Aquiliæ verſatur; huius autem rei acceſſio eſt æſtimatio, quæ amplius fuit in triginta diebus proximis. Quapropter æſtimatione ſubducta, quod factum eſt, cum ea præſtita eſt iudicio priore commodati; acceſſio triginta dierum ex actione legis Aquiliæ locum habere non poteſt. Sic igitur ſine dubio reſpondit Paulus, & ita legendum eſt; *ſed verius eſt* (in eo de quo quæſitum eſt, id eſt, in eo quod amplius eſt in repetitione triginta dierum) legis Aquiliæ actionem [16] *non remanere*, ut & in aliis exemplaribus

16) De quo & teſtatur Ant. Auguſtin. 1. *Emend.* 3. *p.* 39. *in fin.* Et ita legendum eſſe ex ſententia trabali, quæ certo certior ſit, ſcribit Hortenſ ad § *ſequens*, *tit. l. de act.* Sed & Bart. ad *d. L.* 7. §. 1. *Comm. n.* 13. affirmativam lectionem non eſſe bonam, ſcribit, nec communem. Patere id ex antiquis libris, quos ad hoc perſcrutatus ſit. Quia ipſeque pluribus manuſcriptis, diverſis locis & Bibliothecis publicis, lectionem negantem *non remanere*, & pluries quam affirmantem reperi. Quam probarem utique ſi nec Donelli expoſitionem præduram, & quæ vim verbis faciens negativæ lectioni ſententiam affirmantem accommodat. Quid enim an non tanto magis verum eſt *remanere*, ſi tota ipſo iure remanet; annon in eo, quod plus eſt, minus; in toto partes continentur? ſtatuerem; nec Florentini Codicis auctoritas omni aliorum manuſcriptorum quorumvis potior & antiquior eſſet. Nec denique ipſa iuris

bus legitur: eamque variationem lectionis & suo tempore fuisse Accursius indicat. Hic vero contrarium scripsit Ulpianus in *L. unde*, 7. in fi *D. commod.* Nam de hac ipsa specie loquens; etsi, ait, adversus reum habuit Aquiliæ actionem commodator, æquissimum est, ut commodati agendo remittat actionem. Quid tamen si omissa sit eius remissionis quæstio? huic dubitationi occurrens subiicit: *nisi forte quis dixerit, agendo eum lege Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex*

ris viva ratio lectionem & sententiam affirmantem exigeret. Eam sane Cujac. 3. *Obs.* 25. 15. *Obs.* 23. 1. *notar. Mercat.* 29. *&* *ad leg.* 130. *de R. I.* P. Fab. *ibidem pag.* 552. Hott. *ill. Quæst.* 29. *sub fin. &* 8. *Obs.* 19. Balduin. *de L. Aquil. pag.* 242. Cabot. 1. *Disput. ultim. p.* 167. Pac. 4. *Enant. Quæst.* 43. & Obrech. *de Concip. libell. C.* 22. *n.* 37. (licet in huius bibliotheca satis locuplete duos quoque manuscriptos lectionem negativam *non remanere* exhibere viderim) tueatur: sed ita, ut & altero articulo abnutivo in extremis verbis, quem omnes tamen codices exhibent dempto legant, *locum habet*. Pro Florentina scriptura pariterque affirmativa priori, & negativa posteriore pugnat Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *&* 1. *Animadv.* 29 *ac* 1. *notar. ad Mercat.* 29. Cuius quis sensus idoneus post dicetur. Prius expendamus, nunquid rationi iuris conveniat, peracto iudicio mere persecutorio, pœnale mistum superesse, quo quod in eo amplius est, actor exsequatur. Id, magno aliorum consensu receptum, veraque iuris ratione suffultum, post Pauli Castrensis levem quasi velitationem certamine duriori impugnare aggressus haud dudum Vir Cl. Illustriss. Duc. Sax. Vinariens. studiorum moderator politissimus Frideric. Hortlederus *Libello de Concursu act. realis mera & pœnalis mista*. Videbimus an & huius tela excere & arcem nostram novis præsidiis munire queamus. Verum ordine procedemus: Ac primo partes illius ita fungemus, ne & nos quisquam cavillatos; aut ille Vir doctissimus caussæ suæ nos prævaricatos iure meritove conqueri possit. In hanc igitur ille sententiam. Etsi increverit passim, intentato prius iudicio persecutorio ex. gr. Commodati, pœnali mista ex. gr. Aquiliæ, ad residuum experiri licere. Ei tamen opinioni clarissima IC. testimonia refragari. Dum in hisce speciebus dicitur actorem contentum esse debere una actione *L. 9. arb. furt. cæs.* alterutra, *L. 18. ad L. Aquil. L. 45. Loc.* altera *L. 50 Pro soc.* Si quis earum actum, alias tollit *L. 18. § 1. Commod.* si uno iudicio res iudicata, amplius non agendum *L. 27. §. 11. ad L. Aquil.* Et ratio in *d. L.* 50 Quia actio etiam mista ad rei persecutionem respicit, non ut pœnalis mera, ad pœnam *duntaxat*. Hæc *C.* 2. Neque aliter statui debere. Eo quod iudicis officio, in persequutorio iudicio, bonæ fidei, aut arbitrario, eius quoque superflui, quod in mista, ex. gr. Aquiliæ, amplius est, ratio habeatur; neque alias reum condemnet iudex quam si ei actor potestatem æstimandi subducendique damni dederit, & L. Aquiliæ actionem remiserit: *hac C.* 4. Constare id (1) *ex L.* 13. *de R. V.* ubi dicitur ratio per iudicem haberi, si res deterior facta. Quare damnum, ait, æstimatur & subducitur in ipsa rei vindicatione. Ad quid igitur deinde Aquilia. Quin ex verbis *d. L.* 13. pariter necessitatem in æstimandi damni inferri per *v. debeat* & remittendæ actionis L. Aquiliæ cum nisi ea remissa, æstimari nequeat, vers. *unde, quæritur*. Modumque remittendæ actionis subdit: cavere oportet lege Aquilia non usurum. Qui suppletur *L. seq.* 14. *Si malit potius* (quam scilicet cavere, & iudici potestatem subducendi damni facere) *L. Aquilia actione uti; absolvendus possessor*, non autem condemnandus ad restitutionem rei Illis autem verbis *d. L.* 13. *quanquam & legis Aquiliæ &c.* removeri hic actionem L. Aquiliæ. Quasi dicat: initio quidem hanc potuisse intentari. Ast ubi res vindicari cœpta, damni quoque & eius quod in actionem L. Aquiliæ venit, rationem haberi, proinde hanc cessare. (2) per *L. 36. §. 2 de pet. hered.* Ibi: *ut caveat &c.* (3) per *L. 43. Locati L. 25. §. 2. eod.* Utrobique enim dicitur *iudicis officio contineri*, ut una actione contentus sit, cæteras omittat. (4) *in d. L. 36. §. 2.* in petitionem hereditatis venit, si servus hereditarius occisus. (5) *d. L. 50. Pro soc.* si socius *damnum dederit* actione Pro socio *consequi* actorem, ut altera actione contentus sit: Hæc *Cap.* 4. Sed nec aliud ex ipsa *L. 7. §. 1. Commod.* probari, (1) quia cedi debet actio legis Aquiliæ, statim atque alter socii vice damnum præstitit 3 quia dicitur *damnum*, quod alias L. Aquiliæ actio persequitur, *sarciri* actione commodati, scilicet iudicis officio. 3 Subditur: ut remittatur actio L. Aquiliæ esse *æquissimum*, id est, utilissimum. Nimirum quod & actori id expediat, ne duplicatis sumptibus petere cogatur, & reo ne vexetur pluribus iudiciis. Cum primis in iudiciis bonæ fidei & arbitrariis: Ubi & natura actionis hoc indulgeat, quia iudex non ita meræ actioni adstrictus *L. 14. § 13. de relig.* & voluntas ac concessio actoris *d. L. 13. de R. V.* Hæc *Cap.* 5. Tandem non obsistere *vers. ultim. d. L. 7 §. 1* Quippe cum verbis talibus *nisi quis dixerit*, sæpe non exceptio contineatur, aut confuse antea dicta declarentur & restringantur: Sed illis frequens sit obiici aliquid & reprobari, usu tum nostrorum *L. 7. § 8. de dolo L. 9. de serv. corr. L. 37. de R. V L. 15. §. 9. de re iud. L. 15. de præs. verb. L. ultim. de eo quod cert. loc. Leg. 7 § ultim. de supell. L.* tum aliorum auctorum. Cic. 1. *Offic.* Liv. *Lib.* 5. Seneca 1. *de Benef.* 4. *&* *Epist.* 88. Minut. Felix *in Octav.* & alii, de quibus Cujac 2 *Observat.* 25. Val Gulielm. Forster. 1. *Observat Succes. ultim.* Idem hic fieri: Hæc *Cap.* 6. Neque verbis extremis: *quod videtur habere rationem* hanc convelli expositionem Nam si vulgato sensu *ratio* sumeretur, pro dicti confirmatione: cum priora ipsius *L. 7 §. 1.* & alia ex aliis legibus ducta argumenta convincant rationi hoc, quod est in *d.* vers. *nisi forte quis*, non convenire: dicendum fore *videri* hanc *rationem* non esse. Neque *rationem* dici absolute deberi; sed apparentem, non veram, sicuti in simili falsum tutorem, modum iniquum usurpamus *L. 221. de V. S.* Cæterum magis esse, ut eo sensu non accipiatur. Sed *ratio* ibi significetur iuris generalis, communis, regulæve iuris communis ordinariæ in forma, & in uno rigore perseverantis; tenor rationis, ut *L. 14 & 2. seqq. de LL.* Commune scilicet præceptum. Quod ubi non satis late patet, protrahitur ad similia: *L. 10. & seqq. de LL.* Ubi vero latius, præter finem iuris ultimum & supremam legem, quæ est utilitas, excurrit: æquitate corrigitur & temperitur Quomodo ratio opponitur æquitati, utilitati, benignitati *L. 1. §. 3. si pars her. pet. L. 3 ultim. & L. 4. de in rem verso L 43. de relig. sumpt. fun leg. 51. §. ultim. ad L. Aquil. L. 51. de serv. rust. præd. L. 7. §. 5. de acq. do. L 22. §. 3. Mand. L. 8. Cod. de iudic. §. 10. I. Mandat.* Et ius ob utilitatem receptum opponitur rationi *L. 16. de LL.* Nam & *d. L. 7. § 1.* opponi *rationi*, id est, regulæ vulgari (qua ubi diversæ actiones ad diversa, utram malit actor intentare prius potest, deinde quod amplius in alia est, exsequi *L. 34. pr. de O. & A.*) *æquissimum*. Quæ æquitas efficiat, ut illud superfluum actoris pariter reique commodo in ipso commodati iudicio per iudicem subducatur. Hæc *Cap.* 7. Ex hisce denique infert in *d L. 34 §. 1 de O. & A.* Florentinæ lectionis affirmativæ vitiosam esse sententiam Maxime cum eam & præcedentes repudient, in vers. *& hoc in legis*, quæ arguant perinde Aquiliæ & Commodati misceri; uti locati & condictio furtiva: cui & illa: *utraque enim actiones* suffragari appareat ex iunct. *L. 50. Pro soc.* & ratio subiecti *quia simple accedit, &c.* Quare cum in aliam mutanda sit scriptura; aut negatione inserta ex fide manuscriptorum legendum *non remanere*; aut citra eam leviori mutatione *removeri* Et hoc magis probat. Quod & lenior correctio sit & sensui accommodatior. Eum autem hunc putat. Etsi post commodati, Aquiliæ ipso iure remaneat, quia stricto iudicio exceptio non inest; tamen *verius est removeri* eam exceptione rei iudicatæ, *quia* id quod amplius est in Aquiliæ *simple accedit* per officium iudicis in commodati iudicio *& simple sublata* una cum accessione *locum non habet* actio legis Aquiliæ. Postremo non obstare contendit quod 30 dierum accessio in iudicium commodati non veniat. Nam resp. etsi non in formulam commodati veniret, attamen in officium iudicantis. At verius putat & in formulam immo venire per *d. L. 7. §. 1. commod L. 36. §. 2. de pet. her. L. 50. pr. Pro soc.* Hæc *Cap.* 8. Ut nec illud quod in aliarum actionum concursu una post alteram vel in solidum remanet, si hæc nihil illi detraxit, vel in residuum, si aliquid. Nam resp Disparem istis esse rationem, vel quia ad diversa plane tendant, rem & pœnam, ut mere reales & mere pœnales. Vel quia formulam actionis strictæ iudex excedere nequeat, ut si prius intentata condictio furtiva concurrens actioni pro socio: *L. 47. pr. Pro soc.* Aquiliæ:

ex caussa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem. Vult ergo & post commodati actionem commodatorem adhuc agere posse lege Aquilia, & quidem ita, ut id consequatur solum, quod amplius in ea actione fuit, subducta rei æstimatione, quam actione commodati consecutus est. Iam vero hoc amplius adversus confitentem non est aliud, quam illud, quod amplius fuit in repetitione triginta dierum. Hæc sic recte conciliemus. Post commodati actionem non rema-

quiliæ: *L.* 2. §. 3. *de priv. delict.* Vel quia ob delicta plura competunt, ut *L.* 5. *vi bon. rapt. L.* 88. *de furt. L.* 34. *prin. de O. & A. L.* 1 *arb. furt. caes.* ubi nullum impune sit oportet *L.* 2. *pr. de priv. del.* Hæc *Cap.* 10. & *ult.* Hæc summa est, eaque fide ingenua excerpta, istius libelli; qua quidem hanc controversiam. Dempto *Cap.* 3. quo solutionem Cuiacii quandam diluit, & recte, ac *Cap.* 7. *sub fin.* ubi Donello nostro quandam sententiam affingit; de quibus postea & *Cap.* 9. quo correctionis invidiam studiose amolitur haud inscite ostendens in prærupto quasi veri amittendi discrimine, & ubi iuris ratio periclitatur, nec mitiori medelæ locus, satius esse, si manus critica admoveatur scripturæ quam si vis rationi inferatur. *Quæ ut nos* haud ægre largimur, ita in præsenti eam subesse necessitatem tantum abest, ut persuasi simus; ut & rationem iuris pariter ac utilitatem contra immo facere sentiamus, ut si vel adesset negatio omnibus libris, *d. L.* 34. §. *ult.* delenda ac expungenda videatur. *Enimvero* si persequutoriæ actionis institutæ hæc vis esse posset; ut vel ex illius natura ac potestate, vel iudicis de ea cognoscentis officio, etiam alterius plenioris actionis commodum sentiret actor, & ita quod in altera amplius est, uno ac eodem iudicio consequeretur: Consequens sane foret, illa expedita, actoreque integrum, & omne id ad quod utraque actio prodita, consequto, actionem alteram minime superesse. Consequens autem: Immo adeo clarum ac manifestum, ut indigna fuisset dubitatio acumine Iurisconsultorum, cum bis idem ex eadem caussa exigi non debere cuivis dictet naturalis ratio & æquitas. Atqui si nos istud & a legum veritate discrepare & a iuris ratione abhorrere & ab utilitatis ratione ac æquitate alienum, denique & naturali rationi ex hypothesi nempe iuris constituti repugnare cum contradictionem effectu implicet, demonstraverimus: nonne isto veluti fulcro funditus subverso, tota adversaria opinio ei superstructa, corruet. Dico a legum veritate: Et quidem primo non multis urgebo *L.* 2. §. 3. *de priv. delict.* ubi aperte habetur condicto homine ex caussa furtiva, & ita peracto iudicio mere persequutorio *L.* 7. §. *ult. de cond. furt.* lege Aquilia agi posse. Unde sequitur quod in hac amplius est, illo iudicio actorem non consecutum *L.* 57. *de R. I.* Repositum enim huic memini & iam tetuli ex *d. Lib. C. ult.* quod condictio furtiva sit stricti iuris, non bonæ fidei, aut arbitraria. Tametsi replicari possit: (1) non hanc rationem reddi, *d.* §. 3. sed aliam *quia alterius æstimationis est legis Aquiliæ actio.* Quæ ratio communis, cui locus, etsi alia actione bonæ fidei vel arbitraria prius actum. Nam & alterius est æstimationis actio Aquiliæ, quam Commodati, ex Locato, Pro socio, Rei vindicatio, &c. Scitum vero est ex ratione potius, quam exemplis dispositionem legis ampliorem strictioremve statui. (2) Quod vir doctissimus generatim definierit *d. Lib. Cap.* 2. *in fin.* & *Cap.* 4. *initio, &c.* Concurrente reali mera cum pœnali mista, non nisi una actione agi posse. Sed & inscriptio libelli est de concursu *actionis realis meræ* (non additis his *bonæ fidei aut arbitrariæ*) & *pœnalis mistæ.* Ast dicet quod in posterioribus, se explicaverit. Quare hæc ad liquidum non exigemus. Firmiora nobis præsidia, & unde validiora tela torqueamus. Id primum in *L. item* 20. §. 4. *de petit. hered.* Ubi ita Ulpianus: *Quæritur utrum* (actiones hereditariæ) *cum sua natura veniant* in petitionem hereditatis: ut scilicet hac intentata, tantundem consequatur petitor, quantum si illis egisset; an contra. Ut nempe petitio hereditatis iuxta naturam suam, quæ rei persecutoria est, id tantum persequatur, quod abest petitori, & quatenus eæ actiones persecutionem quoque continent. Non autem id quod in istis pœnæ rationem habet. Quod mox declarat. *Ut puta est quædam actio quæ inficiatione crescit.* Nimirum legis Aquiliæ, ut sequitur: *utrum cum suo incremento*, accessione, seu pœna, quatenus vera damni dati æstimatio exceditur, *an vero in simplum venit*, ut solum quanti ea res est æstimetur, quanti nimirum petitoris vere interest, ut legis Aquiliæ Iulianus *Lib.* 6. *Dig.* scribit. Quid? Num iudicis officio eius quoque superflui, quod in actione Aquiliæ pœna, & cuius intuitu illa mista est, in petitione hereditatis, cum & hæc olim quoque bonæ fidei habita fuerit (ut hoc quidem probe Hortled. *d. Lib. C.* 4. & *not. supra Lib* 19. *N.* 2.) rationem haberi. Minime. Quid igitur? *Simplum soluturum.* Quod si igitur ita in petitione hereditatis ius, ubi ipsa generalitas & potestas universalis iudicii non levem dubii rationem specialem suppeditat: quanto magis in iudiciis specialibus & singularibus idem obtinebit. Si illic actio L. Aquiliæ concurrit tantum cum petitione hereditatis, sed immo, quod longe plus est, *in eam venit* ut dicitur *d. L.* 20. §. 4. & *L.* 36. §. 2. *in fin. eod.* id est ei inest, ut quodammodo cen pars in toto, eius ambitu continetur; & ipsa quidem actio, nec res solum actione petita *dd. locis* & simplum tamen ibi non ceeditur. Quanto minus excedi poterit in actione Commodati, rei vindicatione, aliave, quæ concurrere quidem & una dari dicitur, cum actione L. Aquiliæ: ast hanc illi inesse, eave contineri nec apte nec vere dixeris. Ac telum quidem hoc unum pugnæ conficiendæ sufficere apparet, quo caussæ iugulus petitus & præcisus. Promamus tamen & alia. Et quidem ex illis ipsis LL. in quibus suæ sententiæ firmamentum Vir. Cl. constituit. Veluti (2) ex *L.* 13. & *seq. de R. V.* Nam illæ verba *quanquam & L. Aquilia actione conveniri possit d. L.* 13. non removent in proposito Aquiliæ actionem. Quippe & structura sermonis expositioni Hortlederi resistit. Dici enim deberet, *potuisset*, non *posse* quo in præsenti facultas innuitur, re iam vindicari cœpta. Et cum primis *Leu seq.* 14. Quæ clarissime probat necessitatem damni æstimandi (etsi ea æstimatio, ut postea dicetur, alia omnino sit quam quæ fit in Aquiliæ) nullam esse: posse actorem recusare Aquiliæ remissionem: Illoque casu, absoluto reo vindicationis iudicio, legis Aquiliæ actio superest: tota scilicet, non ad id, quod æstimatio fieri solita in Aquiliæ excedit eam æstimationem quæ fieri debuisset in actione in rem: sed in solidum, ac si in rem nunquam actum fuisset. Quod si vero id omne, ad quod actio Aquiliæ intentatur, rei vindicationis iudicio ferre potuisset actor, si eam persequeretur: stultus & temerarius foret, si ea iam instituta & ex parte prosecuta lite relicta, ad Aquiliæ transire vellet. Nonne enim expedit eodem iudicio idem consequi minore opera & impendio. Cur supervacuo, instituto iam uno postulat se admitti ad aliud, si hoc posteriori nihilo plus laturus. Si hæc iudicia eiusdem potestatis ac effectus, nondum intentato uno, dici sane posset ipsam laxiorem agendi facultatem commodo actoris constitutam: *L.* 76. §. *penult. de leg.* 2. Ast eo instituto merito aditus ad aliud præcludendus foret, tum ut litium multiplicatio evitaretur, tum argum. *L.* 38. vers. *constituimus de R. V.* item argum. *L.* 14. §. 1. *ut leg. nom. cav.* quia ea re sibi in nullo prodesset actor, noceret solum alteri, etiam cum suomet damno. Plane in *d. L.* 14. absolutio non a restitutione rei, ut Hortled. sed a præstatione damni æstimationis accipienda. Tum quia id ratio subiectæ materiæ & propositæ quæstionis exigit, tum quia restitutionem illam L. Aquilia agens, ex natura illius iudicii, quod in personam est, obtinere nequit. (3) Ex *L.* 36. § 2. *de petit. her.* verbis: *an malit integram sibi esse actionem L. Aquiliæ, omissa una rei æstimatione a iudice.* Ubi (1. notanda vox *omissa.* Non igitur necessitas est æstimandi damni a iudice quasi sine ea æstimatione condemnari reus non possit in iudicio persecutorio bonæ fidei aut arbitrario (& ita etiam in petitione hereditatis) ut Hortled. *C.* 4. *initio.* Sed immo condemnatur tamen reus ad præstationes alias *omissa* non condemnatione, sed *unius rei* quanti scilicet servus occisus, *æstimatione.* Deinde ex *d.* §. 2. idem argumentor quod ex *d. L.* 13. Si ipso universali in rem iudicio consequi liceret, etiam id, in quo Aquiliæ mista est, ac excedit, frustra temereve, instituto iam illo iudicio (de quo loqui *d.* §. 2. evidens est) resiliret ac transiret petitor ad aliud, quod nihilo sibi futurum utilius, cæterum ipsique reoque mutatio illa hæc damnosa. (3) Ex ipsis ipsius *L.* 7. § 1. *Comm.* verbis prioribus. Etsi ea per se sola spectemus, nullo respectu ad versic. *nisi quia forte.* Expendamus ea, ita ac si *d. vers.* nec adiectus esset. Dicamus & firmissi-

remanet legis Aquiliæ actio *in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est*, inquit Paulus. Recte *in eo*, ut intelligamus in eo dumtaxat: quippe, ut recte subiicit, huius summæ excurrentis repetitio accedit simplo, ac simplo sublato ei accessioni locus non est. Enimvero post commodati actionem legis Aquiliæ actio, cui aliquid ad præstationem sui deest, remanet tota, potestque commodator ea experiri de toto damno, uti lege Aquilia cautum est; sed ita ut reo prosit exceptio

firmissime tenemus illis non quidem principaliter adstrui sententiam nostram, quod Aquiliæ post Commodati supersit. Id præstat, *d. vers.* præstat iuris ratio. Attamen rationem & fulcrum opinionis adversæ quod superfluum Aquiliæ deducatur in Commodati, fundius subverti. Agitur illic, ut constat, ex *præced. L. 5. § ult.* de duobus commodata re ea, cuius conditio illa: ut usus eius plurium esse possit, uti vehiculum: Dicitur hos ambos duorum reorum loco esse, ideoque pro se quemque dolum & culpam &c. in totum præstare *d. L. 5. §. ult.* id est etsi facto culpave alterius damnum in re commodata admissum, ad id farciendum æque alterum correum, atque eum qui dedit damnum teneri; verum ubi unus id farcierit, alterius quoque obligationem tolli *d. §. ult.* Hinc infertur verbis extremis *d. §. ult.* re ista furto ablata, utrique actionem furti competere. Nimirum quia utriusque interest, & cum furto neglecti custodia caussam dederit *L. 52. §. 3. Pro soc.* de ea autem uterque commodatori teneatur *d. §. ult.* ibi *& custodiam in totum &c.* damnum rei amissæ sive ab eo cui subrepta est, sive ab altero commodatori exigere liberum. Sed quia actio furti non ab utroque exerceri potest, sed ab uno *L. 6. eod.* inde quæstio *L. 7. pr.* Si alter furti agendo lucrum sensit ex re commodata, id est, si dupli vel quadrupli pœna ei persoluta, an ipse solus Commodati conveniendus? Pro affirmativa videtur iuris benignitas & æquitas. Pro negativa autem mera iuris ratio: quia cum initio uterque, & sic quoque ille qui furti non expertus est, obligati fuerint, commodum hoc electionis, & alterum conveniendi potestas, commodatori invito, facto alterius adimi non poterit. Media autem Ulpianus via ex Celso, & recte quidem alterum quoque Commodati conveniri ostendit, quia nihil est, quod eum iure liberet; Sed si hic postulet litem in socium correum transferri, audiendus. Non utique tamen ex eo solo, quod alter correus furti egerit & inde lucrum consecutus, proinde eum potius teneri æquius sit: Sed ita si paratus sit periculo suo alterum conveniri, id est si & ipse suis sumptibus litem exerceri patiator & una caveat, quod si Commodati ab eo suum consequi nequeat, ipse iudicatum facere ac exsolvere velit. Sequitur iam in § 1. coius verba & mentem exacte pensitabimus: *Sed si*. Dixerat in prioribus, non de damno facto alterius commodatarii in re data: sed de furto negligentia admisso. Hic inquirit quid iuris, si in re duobus commodata, alterius facto damnum illatum: *legis Aquiliæ* quia vehiculum forte fractum ruptum, *adversus socium eius* quem scilicet lite pulsat, correum eius debendi, *habuit commodator actionem*, & quidem hanc adversus eum solum, cum solus deliquerit. *Videndum erit ne*, id est dicendum, quod (verba enim hæc non quærentis solum, sed & decidentis; non ambigentis, sed modeste suam sententiam exponentis, in quo recte Hortled. *d. C.* 3. nam affirmativam decisionem versus sequens & inde ducta argumentatio exigit) *cedere debeat*, id est mandare ac transferre actionem legis Aquiliæ, constituere eum Procuratorem in rem suam: *si forte damnum dedit*, corpore & in corpus, quod L. Aquilia requirit. Quis? non hic qui Commodati iudicio reus est; sed *alter*, (socius, qui una commodatum accepit iuncta priora,) *quod hic qui convenitur, commodati actione farcire compellitur*. Quia nempe ita ius est: re duobus commodata ut uterque culpam, diligentiam & custodiam in totum præstet, ideoque de damno quoque non a se suave culpa, sed a socio illato, teneatur. Decisionis huius, & quare cedenda sit L. Aquiliæ actio, ratio non tam in iure, quam æquitate, quia alias & ille conventus Commodati iudicio æstimationem, quam præstitit, a socio, qui damnum dedit, recipere non posset, quippe nulla ad id sibi actione iure prodita, & huius ipsius correi culpa indemnis foret, cum præstatione eius, qui conventus Commodati iudicio solvit, liberatus sit, ut *præc. L. 5. §. ult. in fin.* Eam vero decisionem confirmat Ulpianus in seqq. *Nam etsi adversus ipsum*, qui scilicet corpore suo damnum intulit. Non enim intelligit eum, quem modo dixerat Commodati conveniri. Nam hic Aquiliæ teneri nequit ex delicto alieno, de quo mox plura. Et vocula *ipsum* refert se ad voculam *alter* in præcedd. alias aptius diceret Ulpianus adversus hunc &c. *habuit Aquiliæ actionem Commodator*: qui nempe non uni, sed utrique simul commodavit: *æquissimum est*, æquitas suggerit, etsi iure deficeremur, *ut Commodati agendo*, contra eum ipsum qui damnum dedit, quia & contra hunc Commodati actio habetur *remittat actionem*, scilicet Aquiliæ, seu cavet se lege Aquilia non acturum *L. 13. de R. V. L. 36. §. 2. de pet. hered.* Vis confirmationis hæc. Si damno in rem duobus commoditam illato, actio Commodati intentata contra ipsum auctorem damni id efficit, ut præstita damni æstimatione Commodati iudicio, recte postulet reus Aquiliæ actionem remitti: Utique eadem æquitas efficiet, ut instituta illa contra socium culpæ exsortem, damnique æstimatione ab eo illata, iure exigat reus mandari sibi, & exhiberi Aquiliæ actionem, cuius vi a socio correo, damni auctore, id, quod vice veluti eius præstitit, recipiat. Iam hac ita genuina *d. L. 7. § 1.* mente ex verborum vi ac præcedd. connexione eruta & adstructa, iurisque rationi congrua sententia, firmissimo argumento exstruo quod in specie *d. § 1.* superfluum est: Aquiliæ istud, cuius ratione rei persequutionem ea non recipit, sed mista est, illis verbis: *damnum farcire compellitur*, intelligi, nec debeat, nec ulla ratione possit: Esto hic Syllogismus Superfluum omne in quo Aquiliæ actio excedit actionem mere realem, (sive dum crescit ex inficiatione, sive quod in repetitione anni, aut 30. dierum) pœna est *§. ut autem 19. I. de act.* Sarcitio damni in *d. L. 7. §. 1.* pœna non est. Quare alia sit a superfluo isto oportet. Assumptionem sic probo, Pœnam is solum dependit qui deliquit *L. 22. C. de pœn. & simil. Vulg.* At in *d. §. 1.* damnum farcit alius qui non deliquit, ipse non nocuit. Verba enim sunt: si damnum dedit *alter*, quod *hic* farcire compellitur. Sarcitio igitur ea non ad pœnam, sed ad rei persequutionem spectat: Quin & hæc propria vis voculæ *farcire*. Et farciri quoque damnum dicitur in actione mere persequutoria ea cum qua nulla pœnalis, mera vel mista, concurrit *L. 32. de dam. infecto.* Sic farciri ædificia *L. 7. §. ult. de iure delib.* unde farta tecta *not. supra Lib. 10. Cap. 13. N. 4.* Accedit ratio specialis. Actio L. Aquiliæ in eum qui corpore suo damnum dedit. Atqui in *d. L. 7. §. 1.* damnum ille farcit, qui non corpore suo damnum dedit, sed socius eius ac correus. Damnum itaque is farcit *d. §. 1*, qui ipse L. Aquiliæ actione non tenetur. Qua ratione igitur in præstatione damni ab hoc facta, inerit superfluum actionis Aquiliæ, cum contra hunc eundem Aquiliæ actio non habeatur, nec accessio sine principali subsistat, & quod fortius, ei quod non est nihil tribui possit. Nam ut licatur in actionem Commodati contra hunc venire superfluum eius actionis L. Aquiliæ, quæ contra alterum correum datur, admitti nulla ratione potest per dicta. Etenim quod factum unius rei promittendi alteri nocet *L. pen. de duob. reis* ad præstationes contractuum proprias referendum est, minime ad pœnas, quæ ex delictis penduntur, & quæ lucrum continent, pertinet. Quippe id iure inauditum. Ad hæc concurrere eæ dicuntur actiones, quæ eidem plures adversus eundem. At in *d. L. 7. §. 1. vers. 1.* Aquiliæ & Commodati qua conventus damnum farcit, non sunt contra eundem, quin immo illa huic cedi debet. Proinde dici nequit in *d. vers.* speciem esse, ubi in concursu Commodati & Aquiliæ superfluum huius in actionem illam veniat. Sed de his satis. Nam quomodo damni præstatio ad persecutionem rei spectet postea dicam vid. *infra n. N. vers. damnum enim ut præstetur* &c. Dixi a iuris ratione. Quandoquidem sua cuivis actioni constat natura, eaque legibus constituta. Neque ab ea, vel facto litigantium, imo nec communi consensu recedi, vel iudici illam immutare licet arg. *L. 4. Cod. de sent. & interl. L. 1. C. de exsec.* Sed huius officium iuxta illam dirigi oportet *L. 8. in fin. de eo quod cer. loc. & simil.* Unde DD. nostri inservire id actioni scribunt. Petitio quoque actoris necesse est, ut conformis sit naturæ actionis propositæ. Idque cum primis curæ esse actori convenit, cum hac in re periculose peccetur ut suo loco. Petitioni autem conveniat sententia oportet *infra Lib. 26. Cap. 4.* Fieri ita-

ptio, non qua in totum liberetur, sed quatenus iam ante priore actione præstitit, non amplius. Unde eveniet, ut in re a iudice æstimanda deducatur id, quod commodator priore iudicio consecutus; in reliquam accessionem eius, quod amplius in posteriore fuit, reus condemnetur: idque ita explicatur in *L.* 1. *D. arb. furt.*

ri itaque non potest ut si Commodati quis expertus sit, ad id quanti interest se rem commodatam integram recipere: ut iudex condemnet reum ad pœnam damno iniuria dato lege Aquilia statutam. Sed nec ad id actor in Commodati formula intendere potest. Alias egrediendo notissimos huius terminos arg. *L.* 24. *Depos.* suæ ipse intentioni adversabitur, dum Commodati acturum præ se ferens vi ipsa; ac effectu Aquiliæ instituerer. Quæ & res ipsum saltem iuxta rationem iuris antiqui, & quod Iurisconsultorum ætate etiamnum viguit, pœnæ plus petitionis adeoque iacturæ litis, fecerit obnoxium. Qui autem quæso unquam eo extendetur iudicantis officium, etiam liberius in bonæ fidei & arbitrariis iudiciis: ut ex actione solum persequutoria, ex parte pœnalem, ea mera mistam efficiat. Siquidem in istia (bonæ fidei) potestas liberior eo pertinet, ut qood ex bona fide alterum alteri præstare convenit, etsi de eo verbia contrahentium non convenit, eius ex æquo & bono ratio habeatur. Utqoe oon tam quod verbis cautum quam quid actum spectetur. In illis (arbitrariis) ut si arbitrio non pareatur, quomodo actori iureiurando in litem vel alias satisfiat, æstimetur. Utrobique nimirum *iuxta cuiusque* contractus & negocii aut *rei, de qua actum est* conditionem ac *naturam*. Id enim diserte additum §. 31. *in fin. I. de act.* Neutiquam vero ut naturam iudiciorum auctoritate plusquam Prætoria, immo legislatoria, confundens pœnam reo in persequutorio iudicio, ad quam id proditum non est, dictet. Neque unquam exitus hic esse poterit salva manente eius natura. Denique si ubi duæ mere persecutoriæ concurrunt & utræque bonæ fidei, iudici tamen non permittitur præter natoram unius iudicii de eo iudicare quod alterius est actionis *L.* 34. *Pro soc.* minus ei licebit idem, ubi duæ magis diversæ actiones concurrunt, quando & una est mere realis ac bonæ fidei; & altera mista pœnalis ac stricti iuris. Dixi ab utilitatis ratione & æquitate, quæ ad usum commuoem eorum qui in iure reguntur ius dirigit. Quia diversa natura iudicii persequutorii & pœnalis misti (ex gr. Commodati, aut rei vindicationis & Aquiliæ) diversas non solum petitiones, ut modo dictum, ac præstationes, sed & caussas petendi, ac iuxta eas genera probationum exigit. Ut quæ in uno necessariæ, in alio vel supervacuæ sint, vel inconvenientes. Non igitur vere dicitur, quod utilitas sive communis, quæ lites imminui suadet, sive litigantium, postulet, ot io uoo unius actionis intentatæ iudicio, super iisdem probationibus iudex sententiam ferat, quæ ea quoque præstationem diversam, quæ est in alia actione nondum instituta vel exercita; cuius alia natura, alia requisita, aliud αυτον το πραχθεν & medium concludendi, aliæ probationes, complectatur. Quin iniquitas inde pluries non levis emergeret. Quod consistentes veluti in terminis *d. L.* 13. *de R. V. d. L.* 7. §. 1. *commod.* exemplis earumdem explanabimus. Hominem alienum possidens in rem actione convenitur a Domino. Hac is intendit servum suum sibi restitui, & se dominum declarari debere *supra Lib.* 20. *C.* 4. *&* 6. Restitui autem integrum. Quare si vel inter moras litis a bonæ fidei possessore eiusve culpa, vel ante etiam conventionem culpa malæ fidei possessoris *L.* 36. §. 1. *L.* 45. *L.* 63. *de R. V.* is debilitatus, aut vulneratus, quia integer restitui nequit, eius deteriorationis æstimatio initur *d. L.* 13. Quæ præstanda in hoc iudicio domino, si & dominium servi suum, & antea eum integrum fuisse probaverit. Quod enim nunc non sit integer ipso aspectu apparet. Neque oportet hic probet vindicans quod Reus ipse corpore sun damnum dederit. Satis est si dolo culpave eius id acciderit. Veluti si servum in arena esse concessit & is ibi mutilatus arg *L.* 36. §. 1. iunct. *L.* 76. *pr. de R. V.* Quin & si non integer appareat, nec certum quando mutilatio facta, cautio exigetur a possessore bonæ fidei, quod nihil dolo in re petita ante iudicium admiserit, a malæ fidei, quod nihil culpa: ab utroque, quod nec dolo, nec culpa post acceptum iudicium *L.* 45. *eod.* Quod si igitur quoties in rei vindicatione ratio a iodice habetur quanto res petita deterior, toties & id quod in Aquiliæ actione pœna est, una præstandum venit; pluries eveniet, ut puniatur is in actione rei persecutoria, qui non ipse ita deliquit ot Aquiliæ cum effectu vel initio conveniri posset. Quippe in hac ea tertio legis Aquiliæ capite intendit actor servo sui vel dominii vel iuris vulnerato (non culpa rei ab alio sed ab ipso reo,) petere se ut quanti ea res in diebus 30. proximis, tantum æs sibi dari damnetur *L.* 27. §. 5. *D.* §. 13. *I. de L. Aq.* Hoc ut obtineat probare oportet vulneratum eum, vel ab ipso reo vel saltem eius iussu, & quidem si iussu, non nisi ab eo cui ius imperandi fuit *L.* 37 *pr. ad L. Aq.* Ast ubi ea. gr. in arena a gladiatoribus volneratus servus, ut supra: nec corpore suo damnum dedit possessor, neque ille cui hic imperare potuit. Nec obst. quod *d. L.* 13. generatim dicit possessorem Aquiliæ conveniri posse. Nam & alias verbum *potest* terminos habiles præsupponit. Et hic itaque potest, si actor probationem in Aquiliæ actione requisitam suscipere velit. Semper enim eius intentio iure tenet Sed ot obtineat, factum, cui ius adaptatur, probet necesse est. Pressius argum. forma agamus; Quicunque actione reali conventus damnum rei deterioratæ sarcit, is iuxta Hortleden acceptionem id quod in Aquiliæ actione superdunm, atque ita pœna est, dependit. Atqui damnum rei deterioratæ in vindicatione is quoque præstat, qui nec ipse corpore suo damnum dedit, nec alius cui ius imperandi habuit. Quare & hic iuxta Hortlederum pœnam L. Aquiliæ dependit. Iam ulterius, Iniquum est eum pœnam L. Aquiliæ in reali iudicio dependere, qui ipsa actione Aquiliæ conveniri cum effectu, aut ea condemnari nequit. At qui nec ipse corpore suo damnum dedit, nec alium eum, cui imperare potuit, ut id daret iussit, Aquiliæ actione condemnari nequit. Pœnam igitur eum in reali iudicio dependere iniquum est. Sane oon ignoro pluribus casibus, si alio modo damnum datum, directa Aquiliæ deficieote, utilem decerni §. *ultim. I. de leg. Aquil.* Ast & hoc novi plures alios esse, quibus res culpa deteriorari potest, maxime in omittendo, ut si ædes possessor reficere neglexit, & inde ingens damnum quibus nec utili Aquiliæ locus, & nibilo secius tamen in rei vindicatione quanti id damnum æstimatur. Satis de *L.* 13. Iam ad exemplum Commodati & Aquiliæ actionum concurrentium *d. L.* 7. §. 1. Vehiculum integrum commodatum est duobus. Id unus rupit vel fregit Non iam de specie vers. *videndum*, quibus commodati convenitur is qui non rupit. De eo satis superius. Sed vers. *nam. etsi* Nata inde Commodatori & Aquiliæ & Commodati actio. Hac experitur Intendit se rem integram commodasse quæ nunc corrupta sit. Damnum hoc sibi sarciri petit. Probare hic nihil amplius tenetur quam quod integrior res fuerit, cum utendam daret. Neque uoa ostendendum illi hac actione; sive quod Ius dominii, sive finitimum sibi sit in re commodata; sive quod commodatarius, vel ipse damnum dederit corpore suo; vel alii quem imperata facere sua oportet, dare iusserit (quod utrumque tamen in Aquiliæ præstandum) immo nec quod culpa rei datum damnum, etsi hoc allegandum sit. Ista enim probatione absoluta, reus condemnationem actionis Commodati evitaturus, ipse ostendat oportet, damnum rei, citra culpam suam casu, qui prævideri non potuit vel vi maiori, accidisse. Hoc nisi præstet, iudex damnum sarcire iubebit. Iubebitoe autem iudex una, quod amplius est in repetitione 30. dierum casolvere: quid enim si ante duas vel tres septimanas duplo maioris fuerit æstimationis vehiculum. Iniqoissimum vero hoc, si quidem nondum constat in L. Aquiliam deliquisse reum, ot ea plecti debeat. Dices? Atqui *d.* vers. *nam etsi* ponitur casus quo commodator *habuit* Aquiliæ actionem. Nata igitur ei Aquiliæ actio; proinde verum est & actorem dominum esse vel quasi; & reum ipsum commisisse ita, ut in Aquiliam incideret. Resp. Verum sane, natura, cui omnia certa sunt, inspecta; ast de eo in Commodati iudicio liqoido apparere iudici nequit, quia nec de illo ioquiri convenit, cum eo potestas eius iudicii se non extendat. Ac otut aliquando contingeret ut reus ad id damoaretur, ad quod Aquiliæ actione intentata damoandus foret, exemplo tamen pessimo esset istud admitti Nam qui quid statuerit, parte inaudita altera: Æquum quantumvis statuit, haud æquum facit Dices: Quid si Commodati iudicio probet actor iusta requisita Aquiliæ & se dominum, & ipsum commodatarium rem corrupisse. Resp. Probatio illa cen ad propositæ litis, Commodati, decisionem nihil faciens non attendetur, sed superflua erit, per

L. 21.

furt. cæſ. atque hoc idem illud eſt, quod Ulpianus in *d. L. 7. commod.* ait videri habere rationem. Et habet omnino, congruitque cum eo quod idem Ulpianus generaliter definit de liberatione rei ſolutæ in *L. etiam, 27. D. de ſol.* his verbis: *Etiam circa ſtipulationem, & ex teſtamento actionem, ſi res tradita fuerit,* *quæ*

L. 21. in fin. C. de probat. & arg. *L. 65. pr. de V. O.* Quin nec admittenda ceu impertinens, ſi ea re iudicium extrahetur, per *L. 15.* ibi *neque enim inanibus C. de reſcin. vend.* Singulis enim controverſiis ſingulæ actiones ſtatutæ *L. 6. de exc. rei iudic.* Suis quæque cancellis incluſa actio, ultra quos ſi evagatur amplius eadem dici nequit arg. *L. 24. Depoſ.* Verum age ponamus, (quod nunquam tamen concedemus) hoc caſu quo in iudicio mere perſequutorio iudicii pœnalis miſti inſtituta probatio, ſententiam, quæ huic miſto convenit, (monſtroſa quaſi commiſtione & confuſione nominum ac rerum) ferri poſſe. At quæ feretur, probatione hac non expediat? ea ſola, quæ Commodati iudicii propria. Non alia certe quam quæ huius natura exigitur ut quod ex cauſſa Commodati actori abeſt id tantum præſtetur. Quid igitur hic peracto Commodati iudicio, Aquiliæ intentantem (finge probationes in hac requiſitas exactiores, quibus ante cautum, poſtea actorem nactum eſſe) removebit. Non certe exceptio rei iudicatæ, quia non de hoc, de quo iam lis movetur, antea vel cognitum vel iudicatum, priorque ſententia & de alia re lata & ex alia cauſſa. Neque ibi in contentionem venit num rem commodatam ipſe corruperit ſuo facto reus, ideoque Aquiliæ pœnam ſufferre debeat necne: ſed num res commodata ita adhuc integra ſit, ut fuit, cum utenda data eſt. Et cuiuſcunque tandem facto corrupta ſit quanto inde deterior, commodatarius exſolvit, ob neglectam rei cuſtodiam, quam Aquilia non punit. Non iniquum igitur Aquiliæ actionem adhuc admitti, immo iniquum eam negari. Quid enim ſi cum vehiculum corruptum reciperet actor, fidem habuit reo, dicenti forte, id petulantia improborum puerorum, quos non noverit, damnum datum eſſe, & ita ſimpla præſtatione contentus fuit: Peracto autem iudicio Commodati, reſcivit id immo culpa ipſius Commodatarii damnum datum eſſe. Anne ideo hunc impunem eſſe decet, quia Commodati antea actum eſt? Id ex ſententia Hortlederi conſequi videtur. Qui & generaliter definit poſt Commodati Aquiliæ non ſupereſſe, & generalem rationem eſſe putat, quia in illa ſuperfluum huius deducatur. Hanc unicam exceptionem ſtatuit *Cap. 7. ſub fin.* niſi omiſſa in Commodati æſtimatio damni (Superflui intelligit quod in Aquiliæ pœna eſt. Æſtimatio vera ſpectat ad rei perſequutionem & nunquam omittitur ut ex dictis & dicendis patet) aut non remiſſa Aquiliæ actio errore iudicis. In iſtis autem caſibus nullus error iudicis. Deinde vir doctiſſimus exceptionem ſtatuit in caſu raro & ſingulari. Nos autem ſi vel verum eſſet inſtituto iudicio Commodati poſſe ſuperfluum Aquiliæ deduci (quod non ita eſt) tamen oſtendimus pluribus & creberrimis caſibus iniquum fore iſtud deduci, quoties ſcilicet Commodator iuxta requiſita ſolum propoſitæ Commodati actionis probationem peregit, & non una iuxta requiſita Aquiliæ. Hoc vero non rarum ſed frequentiſſimum. Enim vero nimium vereor ne non ea mens ſit Donelli, quæ *d. C. 7. in fin.* expoſita ei ab Hortledero tribuitur. Ex pauciſſimis enim Donelli verbis *h. C. 3* his nempe ſolis: *Quid tamen ſi omiſſa ſit eius remiſſionis quæſtio*, illa haud apte elicitur. Secum ipſe pugnaret Donellus ſi ita ſentiret, non aliter Aquiliæ ſupereſſe, quam quo caſu non remiſſa ea imperitia iudicis. Qui imo regulam ſtatuit, quod poſt Commodati ſuperſit Aquiliæ. Et ita igitur iſta verba intelligenda: ſi *omiſſa*, non deſiderante reo. Sic ipſe ex ſeipſo explicandus *Lib. 20. C. 5. n. 17.* Id vero ſæpe contingere poteſt ut Commodati reus non petat remitti Aquiliæ, etiam damno rei commodatæ illato, quod nimirum non teneri ſe ea actione quia non ipſe dederit damnum, præ ſe ferat. Dixi denique a naturali ratione, ex hypotheſi ſcilicet ſicut in ſimili *L. 16. D. de furt.* quod effectu pugnantiam involvat. Etſi enim non abſolute pugnent Commodati agere, & inde pœnam exſequi; Poſteaquam tamen ius ita conſtitutum eſt, certaque ei actioni natura ac limites præſtituti, ut rei tantum perſequendæ cauſſa comparata ſit *§. rei 17. I. de act.* ſi quis dicit acceſſionem 30. dierum, quæ pœna eſt in Aquiliæ actione *§. 19. Inſt. de act.* venire in formulam Commodati, Hortleder. *d. Lib. Cap 8. pag. 66.* nonne in effectu dicit actionem Commodati ipſa formula, & ita principali natura ſua, ex parte, aliquave ratione, pœnam perſequi. Idem ipſe ſi dicat Commodati id iudicium; tamen mere perſequutorium eſſe: nonne pugnantia loquitur. Siquidem merum & miſtum non contraria ſolum, ſed & contradictoria ſunt. Miſtum quippe eſt non merum. Pœnam autem ex parte, aliquave ratione exſequi, idipſum eſt miſtum pœnale iudicium eſſe. *d. §. 19.* Qui itaque dicit actionem Commodati exſequi ex parte pœnam; nonne dicit eam miſte pœnalem eſſe? Atqui antea dixerat eſſe mere perſequutoriam & ita paſſim vocat. Eadem igitur actio & miſta erit & mera. Naturalis certe inter hæc pugna: eſſe quidem alteram actionem altera pleniorem; nec tamen unius formula minus intendere; minuſve ſententia conſequi actorem, quam alia. Taceo quod & iſta pugnant: *Concurrere* actiones Commodati & Aquiliæ, & neutram tamen poſt alteram ſupereſſe. Ita enim nec initio utraque competeret, ſed alterutra vid. *ſupra N. 1.* Nam & quando mere perſequutoriæ plures competunt, atque ita concurrunt, ſæpe una expedita, ſupereſt altera *L. 43. L. 47. Pro Soc. L. 28. de act. empt.* Quin & hic peracto prius Aquiliæ iudicio, Commodati ſupereſſe poteſt, ut mox. Ac ſi ubi duæ mere reales competunt, in id quod amplius in altera eſt, illa remanet *dd. LL.* etiam cum prior inſtituta & peracta bonæ fidei, immo cum utraque talis: *d. L. 43. Pro ſoc.* quanto magis hic, ubi altera ex parte pœnalis. Si illic ſuperfluum alterius neque in formulam neque in officium iudicantis in priori intentata venit: quanto minus hic veniet. Si ubi communi dividundo & Pro ſocio concurrunt, neque illa nominum rationem, neque hæc adiudicationem admittit *d. L. 43.* cum utraque tamen bonæ fidei ſit: *§. 28. I. de act.* quanto minus Commodati recipiet æſtimationem 30. dierum, aut præſtationem dupli ob rei conventi inficiationem, cum & inconveniens videatur in bonæ fidei iudicio, præſtationis eius rationem haberi, quæ in ſtricto exigenda. Hiſce ita abunde infirmato novæ iſtius opinionis fulcro, firmataque pariter recepta ac vera ſententia, haud dignum curæ pretium in reliquis ſingulis ſingulatim excutiendis immorari, cum quatenus in ſpecie adverſantur & ex dictis nullo negocio diluantur, & collapſo fundamine per ſe non ſubſiſtant. Ne quis tamen cuiquam reſideat ſcrupulus adhuc tractabimus. (t) Unde viro haud vulgaris eruditionis tam monſtroſi (pace eius dixerim, cuius nec honorem lædi, nec iura amicitiæ violari velim) erroris gignendi occaſio. Ea geminа: UNI eique præcipua ex errore alio, *ἑνὸς γὰρ, ut Philoſ. 1. Phyſ. 2. & 3. ἀτόπου δοθέντος τ' ἄλλα συμβαίνει.* Dum putat cum *damnum æſtimari*, item *farciri* dicitur *L. 13. de R. V. L. 7. §. 1. Comm.* ſuperfluum actionis pœnamve legis Aquiliæ denotari. Tanquam præſtatio illa ad rei perſecutionem non ſpectet. In quo humani quid patitur. Damnum enim ut præſtetur pleriſque omnibus actionibus etiam mere perſequutoriis, cum nulli pœnali meræ miſtæve concurrunt, commune eſt. Quod plerarumque omnium inductione oſtendere in proclivi eſſet, ni nimium iſtud foret & ſupervacuum. Percurrat quis actiones quaſvis, ſingularum naturam ac præſtationes expendat, reperiet damni potiſſimum rationem haberi, idque LL. curæ eſſe, ut quiſque contrahentium ſervetur indemnis, neve facto alterius ipſi noceatur *L. factum 155. pr. de R. I. & ſimil.* Quid vero multis hoc comprobare attinet. Nonne ex regula iuris *L. 23. de R. I.* id ſatis clarum eſt, Dum ſtatutum eſt contractus quoſdam dolum & culpam recipere; & in his quoſdam & diligentiam: cæterum nullum omnino eſſe in quo dolus non præſtetur. Quid id aliud quam pro diverſa contractuum conditione, ſi quid facto vel omiſſione unius contrahentium alteri nocitum & ita damnum datum, varie ſtatuit quoaunam *damnum* hic illi *farcire* debeat: anne id ſolum quod fraudulento animo ſciens intulit: an & quod imprudentia peccans: & num quod quavis leviori quoque culpa; an ſolum quod diſſolutiori negligentia. Etenim quantumcunque fraudulentus animus, quantacunque, etiam omnium diſſolutiſſima negligentia in re negotiove alterius admiſſa ſit: ſi nihil nocitum eſt illi, nullum rei damnum datum, nulla inde præſtatio. Veluti: Commodavi tibi monile pretioſum. Tu eo uſus, antequam redderes, omnem eius cuſtodiam negligis, imo in loco furibus expoſitiſſimo reponis, ſive malitioſo animo, ſive ſtolida levitate. Centies ſubripi potuiſſet, ſubreptum tamen non eſt. Repetens ego monile integrum recipio. Reſiſco poſtea te ad ſtuporem uſque incurioſum in aſſervando monili fuiſſe. Nulla mihi tamen adverſus te eius rei nomine actio, quia mea non intereſt, nihil

quæ debebatur, quandiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen res ipsa petenda est: utputa, inquit, *possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit*. Sed quid necesse est totius rei actionem integram manere, & ex ea totam rem peti, ubi constet rem debitam maxima ex parte esse præstitam; an

nihil mihi abest, nullum damnum rei datum est. Tantum vero abest ut verba: *damnum sarcire* arguant pœnam dependi, ut contra potius vi utriusque voculæ propria pœna removeatur. Nam & *damnum* a deminutione patrimonii dicitur *L. 3. de dam inf.* Pœna autem quæ præstatur actori, in patrimonio eius non fuit. Et *sarciri* dicitur quod amissum reparatur *L. 32. eod. tit.* vid. *supra h. N vers. Sarcito igitur*. Plane alia damni æstimatio vera & realis *d. L. 13. d. L. 7. §. 1* a præstatione pœnæ. Neque etiam verba *d. L. 13. quanto deterior sit factus*, ad pœnam ullo modo pertinent. In quacunque actione habetur ratio eius quod actoris interest *L. 38. §. 17. de V. O. & simil.* Interesse autem dicitur quantum mihi abest, quantumque lucrari potui *L. 13. Rat. rem hab.* Et prius quidem istud præcipue, ut suo loco *Lib. 26.* quod nullam pœnæ, meram rei persequutionis rationem habet Don. noster *ad tit. de act. 1. §. 16. n. 5.* Quanto autem res deterior vel vilior facta, tantum nobis abest. Unde nec reddita *L. 3. §. 1. Commod. L. 1. §. si res 16. Depos.* nec soluta videtur quæ deterior *L. 33. §. 1. de solut.* In hoc igitur nulla pœna, quod æque æstimaretur, etsi actio L. Aquiliæ non una competeret. Æstimatur itaque damnum in rei vindicatione *d. L. 13.* & Commodati *d. L. 7. §. 1.* sed nihil ultra. Ast in L. Aquilis interdum ultra, ut ex inficiatione rei duplum, & citra eam, quanti res retroversus in 30. diebus plurimi. Licet si damnum non datum esset, adeoque res omnis mansisset integra, non haberet actor in re nisi præsentem valorem, quanti scilicet nunc esset, si corrupta non foret. Summatim: Rei vindicatio & Commodati indemnem præstant petitorem & Commodatorem. Aquiliæ actio præterea certa conditione lucrum ei adiicit. ALTERA: quia expedire se non potuit quomodo dicatur remitti debere actionem L. Aquiliæ, non solum *d. L. 7. §. 1. Commod.* verbis prioribus sed & *d. L. 13. de R. V. & L. 36. §. 2. de pet. her.* si post reale iudicium peractum nihilo secius remanet in superfluo. Ac certe non levis omnino in hoc apparet difficultas. Nam solutio illa: quod remittatur, quatenus persequutorio iudicio priori consequitur actor, & sic quatenus Aquiliæ realis est, idem quod altera prius instituta persequens, recipi nequit. Non sane quod refellatur illis verbis *d. §. 1. si damnum dedit &c.* ut Hotiled. *C. 5. in f.* Ea enim hoc nil facere satis superque ostensum. Ac subditur *seq. L. 14.* electio actori danda &c. Sed (1) quia *d. L. 13.* absolute dicitur *cavere petitorem oportere*, si scilicet damnum in vindicatione æstimari velit. Et *d. L. 36. §. 2.* actorem debere *eligere* &c. & sequitur: *an malit integram sibi esse actionem Aquiliæ*. Quibus consequens cautione præstita eam amitti. Et neutrobique quidquam quod temperet vel moderetur, subiicitur. Ergo lege non distinguente &c. Denique, quod caput est, alias derisoria & lusoria illa cautio ac remissio, onerans actorem sine rei commodo. Nec exigi igitur posset a reo *L. 14. §. 1. ut leg. nom. cau.* Cui enim bono cavere actorem se Aquilis non in plus usurum, quam ea competitura, vel quam superfuturum in illa, deducto eo quod Commodati iudicio consequetur. Nam etsi non caverit, tamen ea intentata nihilo plus consequuturus est. Itaque eveniet ut nec minus teneatur postea reus, finito Commodati iudicio, si in eo præstita cautio, nec magis si omissa. Non aliud ista actionis remissione tribueretur reo, quam quod vel citra illam iure, ia ope exceptionis doli *L. 57. de R. I.* haberet. Largiendum sine Aquiliæ actionem in totum remitti. Quod & *dd. LL.* & ratio adducta convincunt, & Donellus quoque hic sentit, dum *d. L. 7. §. 1. vers. ult.* exponit *omissa quæstione remissionis*. Et *Lib. 20. C. 5.* ita exponit *d. L. 13.* vid. supra *d. C. 5. n. 17.* Sed ea non fiet, nisi patente aut exigente reo, ut Donellus noster. Hoc enim ius rei caussa constitutum est, nec iudex non rogatus officium impertit. Quod si reus non petierit, tunc omnino in rei vindicatione petitione hereditatis aut Commodati Iudex damni rationem habebit. Æstimabit nimirum quanti vere intersit actoris, damnum id datum non esse, in id reum condemnabit. Atque hic supererit actio Aquiliæ, qua consequuturus hoc minus quam ex caussa Commodati consequutus est *d. L. 7. §. 1. vers. ult.* Verum inquirendum quæ ratio istius remissionis ac cautionis præstandæ? Num quia necessitas superfui quod in Aquiliæ est æstimandi imposita Iudici, id autem æstimari nequit, nisi remissa, Aquiliæ actione? Neutiquam. Satis enim superque ostensum est non modo necessitatem illam non esse Iudici; sed nec id ullo modo salva natura actionis Commodati fieri posse. Quamvis igitur remittatur Aquiliæ, damni æstimatio vera solum fiet, quanti interest actoris; nihil ulterius. Sed hoc tribuitur reo, tum quia ad lites minuendas facit, tum potissimum quia is non temere id exigere videtur. Si enim hic animus actori, expedita Commodati lege Aquilia experiri, interesse rei videtur; ne aliquod ista in actionis Commodati condemnatione, etsi ad simplum fiat, *L. 20. §. 4. de pet. her.* futuro Aquiliæ iudicio quasi præiudicium creetur. Nam etsi in Commodati simpli solutione iniuncta reo, non utique consequens eum ideo ipsum damnum dedisse, ut Aquiliæ certo obnoxius sit, (quid enim si damnum id ex neglecta custodia evenit, quæ in commodati præstatur, in Aquilia impunis est) Tamen vix est ut non aliquatenus saltem, moveatur iudex actionis seq. Aquiliæ iudicato illo in priori Commodati iudicio. Denique nec actori caussa denegandæ cautionis petitæ. Namque is certus est se ultra veram æstimationem damni nihil amplius actione Commodati consequi posse, quippe non ferente illius natura ut exinde reus in plus condemnetur. Quare si præterea pœnæ & lucri avidus sit, siquidem novit probationes graviores, in Aquiliæ requisitas, sibi suppetere; testetur malle se Aquiliæ actione uti; *L. 14. de R. V.* sibi integram esse actionem L. Aquiliæ *L. 36 §. 2. de pet. her.* omissa eius rei æstimatione, id est solutione simpli quanti res vere est. Ut ita absoluto reo ab æstimatione vera damni in persecutorio iudicio, *integra* sit, *d. §. 2.* id est in solidum competat actio Aquiliæ. Quomodo quicquid est in Aquiliæ actione & ita accessionem una cum simplo consequetur, una potius, quam distinctis pensionibus; una probatione quam diversis. Quod ipsique actori conducit. Quod si probationes in Aquiliæ requisitæ non suppetant, quid est quod causetur, aut quare renuet cavere se lege Aquilia non usurum? Electio itaque datur *d. L. 14. d. L. 39. §. 2.* an leviori & simpliciori probatione in Commodati iudicio velit simplum & veram damni dati æstimationem solum obtinere; an graviori & exquisitiori postea suscepta, alio iudicio Aquiliæ accessionem una cum simplo consequi *d. L. 14.* Illud ut nanciscatur, satis est si ostendat rem integram ante fuisse, quæ nunc corrupta sit: cuius facto corrupta sit necesse non est ut doceat. Hac autem si simul potiri velit; oportet ut probet damnum id culpa Rei, nec quavis, forte in omittendo, custodia neglecta, sed in faciendo contigisse. Nec hoc modo quidquam imminuitur aut infringitur sententia nostra: Post reale iudicium peractum, malum pœnale superesse. Quin magis adstruitur. Eius enim hæc vis: quod posteriori consequi id liceat actori, quod priori minus consecutus idem. Ac utique si non præstita cautione omissaque eius rei id est damni æstimatione, in persequutorio absolutus reus a resarcitione damni: post illud finitum Aquiliæ superest, quæ & in solidum intenditur, & ea solidum consequitur actor, quia eius damni nomine antea nihil consecutus est. Neque enim minus finitum istud absolutione rei, quam si is condemnatus fuisset. Ut vel hinc satis Hotlederi opinio, utpote secum ipsa non consistens refellatur. Sic si omissa quæstione remissionis (quod sæpe contingere potest reo non exigente) peractum iudicium vindicationis, vel Commodati, damno in hoc æstimato *d. L. 13.* & soluto simplo *L. 20. §. 4 de pet her.* remanet Aquiliæ in eo quod incrementum est, & accessio simpli *d. L. 7. §. 1. in fin. Commod. L. 34 in fin. de O. & A.* Præstita autem cautione remissionis, & ita simplo solum æstimationis damni soluto, etsi Aquiliæ postea agi nequeat, non tamen inde, quod hæc vis sit finiti iudicii Commodati ut Aquiliæ absorbeat (ita enim semper ea esset; quod certe falsum) sed quia integrum consecutus censetur. Non sane quod Commodati iudicio una cum simplo accessionem Aquiliæ obtinuerit, ut Horlederus. Id enim ceu absurdum & iniquum abunde convellimus; sed quia simplo illo contentus reliquum remisit, ut ita satisfactio pro solutione sit. Quin eo ipso quod remisit, præsumitur quod nec competierit ei legis Aquiliæ actio, quia probationem eius iudicii recipere veritus est. Quare si postea Aquiliæ agere velit, removebitur non exceptio-

an non potius sufficit peti, quod deest? Eo fit, quia quod deest, accessio est rei ante solutæ: cui accessioni locus esse non potest, nisi & de re ipsa principali tota actionem reliqueris, ut per hanc etiam ad accessionis petitionem perveniatur Hinc iam efficitur summa hæc sententia: quoties ex eodem facto existunt duæ pluresve

ve

ceptione rei iudicatæ, ut Hortlederus, sed exceptione pacti ac remissæ antea actionis *L. 24 Cod de pact* Enimvero si novas postea nactus probationes, ad Aquiliæ peragendam, erroreve aliquo actionem remiserit: utilitatis ratio exiget, ut ei actio restituatur. Quando & ex caussa erroris comperti eandem quoque actionem sæpe referre & instaurare licet, ut *L. 1. § ult. Quand. de pec. act. annal. L. 13. pr de instit. act. L. 4 §. ult. Quod cum eo L* 13. *de O. & A* Quo de Hot. *Ill. Q.* 29 *p.* 234. P. Fab. ad *L.* 43. *de R. I. p.* 216 Cabot. 1. *Disput.* 30. *pag.* 125. *&c.* (2) Quæ legum earum quibus altera, una vel alterutra actione contentum fore actorem, si qua actum aliis, tolli habetur, *ut supra h. N.* vers. *Diem in hisce &c.* sententia. Cuiac. 3. *Obs.* 25. ita Resp. ad *L.* 18. § 1. *Comm.* si scilicet prius Aquiliæ, nun si Commodati prius actum & ad *L.* 130. *de R. I.* Resp Satis una &c. si scilicet prius graviori actum. Hanc Resp. recte refellit Hortleder. *d. Lib. C.* 3. tum quia ceu divinatoria non recipienda Nov. 107. *pr.* tum quia a verbis *d.* §. 1. aliena & pugnans. Verba enim, *Si qua earum*, ait, differentiam omnem gravioris ac levioris actionis tollunt. Paulo tamen melius idem Cuiac. 8. *Obs.* 24. ad alias LL. Resp. Una contentum, id est ut egisse mista satis habeat, & si prius ex mere reali egerit & aliquid exegerit ut eo minus mista consequatur; & probat Obrech. *de Contr. libel C* 22. *n* 42. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 652. *& seq.* Quod dicitur: altera contentum; si qua actum &c. id omne cum hac moderatione accipi, ut eatenus tollantur, quatenus ex priore iudicio ad actorem pervenerit, non omnimodo Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *in fin.* Si qua actum, alia tolluntur, nisi in plus competant, ut *d L.* 18. §. 1. subaudiendum. P. Frider *Lib.* 3. *de Contin. causs. C.* 10. *n.* 15. Si qua &c. nisi minus actor consecutus. Et melior quidem horum, quam Cuiacii prior solutio. Sed cum scrupulum non penitus tollat ita malo. Quacunque actione, graviori natura sua aut leviori, mere reali aut mista pœnalis prius egerit actor: ea contentus esse debet, id est non debet aliam ad idem iterum consequendum intentare, non debet captatorie eam exercere. Ut ita *dd. LL.* idem dicant, quod iusta vulgarem acceptionem *L.* 43. §. 1. *de R. I. L.* 53. *de O. & A.* & ita eam dubitationem removeant, anne una expedita, quacunque sive ex gr. Commodati, sive Aquiliæ prius actum, altera non supersit. Hoc negatur *dd. LL.* & dicitur quod una contentus sit &c. si nempe pluris non intersit alia agi. Neque dici debet non convenire ut restrictio hæc addatur. Quia frequentissimum est ut LL aliæ ex aliis restrictionem accipiant. Ecquid mirum quinque leges generales nempe *L.* 18. *ad L. Aqu. L.* 25. §. 2. *& L.* 43 *Locati L.* 50. *Pro Soc. L.* 18. §. 1. *Commod.* recipere restrictionem ex aliis quinque legibus nimirum. *L* 7. §. 1. *Commod. L.* 34. §. *ult. de O. & A L.* 2. §. 3 *de cond. furt. L.* 43. *& L.* 47 *pr. Pro Soc.* Cum id in toto iure crebrum sit, potiusque attendendum quod ad speciem directum *L.* 80 *de R. I.* Ac etsi *d. L.* 43. *&* 47. *Pro Soc.* sint de concurrentibus actionibus mere realibus, fortiorem tamen rationem esse, ubi altera mista *supra* ostensum est. Tanto scilicet quanto publice expedit pœna aliquem inconsulto facto adversarii non liberari, nec delicta etiam culpa omissa ferre auctores impunita. Et probe notandum quod nec in *d L.* 34. § *ult de O. & A* dicatur absolute remanere Aquiliæ, sed cum adiecto: *in eo quod in repetitione &c.* Ubi ipsa quæstione innuit IC. Si nihil amplius in ista; eam non remanere Quæ ergo inter hæc pugna. Regula sit generalis quinque testibus adstructa: Ubi alicui & realis & mista actio competit, una contentus sit, non utriusque commodo potiatur. Exceptio totidem LL auctoritate nitens: Nisi si quid in altera amplius sit, plurisve intersit, ubi altera adhuc ad id quod excedit, agitur. Exceptio enim hæc isti regulæ inest, nec duæ regulæ contrariæ sunt. Nec regulæ isti solum sua vis constat in actione unius generis prius intentata, sed etiam alterius, & ita utriusque. Et exceptio quoque ad utrumque genus pertinet. Regulare, inquam, est, Ubi Commodati actum, Aquiliæ tollitur. Constat ei sua vis in pluribus casibus. Quoties scilicet & conventum ipsum dedisse damnum apparet, neque is inficiatur; ut dupli pœnæ locus sit, neque etiam res deteriorata in 30 diebus proximis maioris valoris fuit, quam esset, cum corrumperetur, Quid enim si eo immo tempore plurimi fuit. His casibus contingere nequit ut posteaquam Commodatarius iudicio Commodati damnum sarcivit, id est, æstimationem veram ac realem præstitit, Aquiliæ in superfluum superfit, quia nihil hic est, quod sit in ea superfluum. Unde cautus IC. Paulus *d. L.* § *ult.* non indistincte quærit, an post actionem Commodati Aquiliæ supersit, sed *an in eo quod in repetitione &c.* Quo ipso innuit: si in repetitione &c. nihil amplius sit: quæstioni suæ locum non esse, adeoque indubium fore, quod Aquiliæ tunc non remaneat. Ubi autem res retroversus in diebus 30. pluris fuit, tunc regula officium suum perdente, exceptioni locus fit, ut ad id Aquiliæ supersit *d. L.* 34. § *ult.* Qua hoc minus consequatur actor, quam ex priori actione consequutus est *d. L.* 34. §. *ult. d. l.* 7. §. *ult. Comm.* Sic converso modo: Regulare est: Post Aquiliæ Comodati non superest *d. L.* 34. § *ult.* Hoc plerumque obtinet, quia ut plurimum aut plenior est, aut saltem non minor Aquiliæ, quam Commodati. Et potest tamen evenire ut & hic regula cessante, exceptioni locus fiat, ac peracta illa, Commodati remaneat, si in ea quid, quod ista consequi non liceat, natura iudicii non ferente. Veluti si eidem rei Commodatæ damnum aliud facto & ita culpa in committendo, aliud neglecta custodia culpa in omittendo illatum In Aquiliæ illud solum æstimabitur. Supererit itaque Commodati ad alterum quoque sarciendum. Ne dixeris casum hunc alienum a præsenti inspectione esse, quasi hic nec initio concurrant Aquiliæ & Commodati. Nam imo ut concurrere dicantur actiones plures, non requiritur, ut ex eodem facto sint; sed satis est si de eadem re, etsi ex factis pluribus. Sic enim si homo idem raptus & occisus *L.* 2. §. 1. *de priv. delict.* concurrunt actiones vi bonorum raptorum & Aquiliæ, quia utraque de eodem homine etsi non ex eodem facto &c Sic itaque ut & in similibus ob aliarum præstationum coniunctionem pluris interesse potest Commodati agi, quam Aquiliæ. Sed & Aquiliæ aliam condemnationem habet, scilicet in pecuniam, quam Commodati rei vindicatio &c. Quocirca si vel dominio laborandum ut res restituatur, vel Commodatori ut quod commodavit recipiat, hoc Aquiliæ non præstabit. Ei hic initio expediet intentare rei vindicationem vel Commodati, ubi si incidat quæstio damni dati, si petenti reo remittere actionem Aquiliæ actor renuat, etsi damni æstimatio non fiat atque hoc nomine absolvatur reus *L.* 14. *de R. V.* condemnatur tam actori ut rem restituat in vindicatione vel reddat in Commodati qualis nimirum est Simulque in ista actione in rem petitor dominus declaratur. Hoc enim si non fieret, Aquiliæ postea actione obtineri non posset. Quippe natura eius iudicii non est ut in eo actor dominus declaretur &c Iunge dicta *Supra h. N. vers. Hac in intendis* &c. Satis hæc de *dd. LL.* sensu. Qui confirmatur & ex *L.* 5 §. 1. *de calum.* ubi concurrunt condictio ob turpem caussam mere realis, & actio calumniæ, quæ mista Ac æque dicitur sufficere *alterutra* actio, cum tamen si prius condictum, remanere alteram in superfluum plus Hortlederi sententiæ consequens sit. Quia neutra earum actionum vel bonæ fidei vel arbitraria. Plane quod ad *L* 27. § 11. *ad L. Aq* attinet, et alia accommodanda Responsio. Nam & ibi vocula *vel*, iterata, arguit nec concurrere ex locato & Aquiliæ, sed distinctim competere. Vid. *supra* §. *lit. A.* Et merito noxæ dedito servo, altero iudicio amplius agi nequit, quia nec ex servi facto in amplius teneri potest dominus quam in noxæ dedat. Ea deditione liberatur *L.* 1 *de nox act. & fin* Quare eo casu non est plus in Aquiliæ, quam in actione ex locato. Fac. *L.* 2. §. 3. *in fin. de privat. delict.* (3 Nunquid *vers. ult. L.* 7. §. 1. *Commod.* diversam interpretationem recipiat. Nostra enim satis adstructa est. Nunc agemus. Haud infitemur voculam *nisi* sæpe esse redarguentis, ac ceu improbabile respuentis Sed tunc aut ipsa reprobatio subiungitur, aut ex præcedd. sensu aperte liquet de mente loquentis Saltem locus vix opinor præferri potest, nec prolatus sane, ubi quid subiiciatur, quod vel speciem solum approbationis habeat. Et loci itaque adducti & relati *supra h. N. versic sed illis frequens* convellunt potius hanc expositionem *d. vers. ult.* Deinde quam hæc consona sunt. Ratio in verbis extremis *d. vers ult.* denotat iuxta Hortlederum iuris regulam eam, qua una actionum, quæ ad diversa tendunt, instituta altera adhuc quod in ea amplius est, exsequi licet. Et tamen Vers. *nisi*, non

si, non

ve actiones, quarum in una aliquid amplius sit, quam in altera; si maiore prius actum erit, minorem in totum consumi; si prius minore, maiorem etiam nunc remanere: sed [17] hactenus, ut ea solum consequamur, quod amplius est, deducto eo, quod priore sumus consecuti. Quod Paulus aliis verbis sic expressit in *L. qui servum*, in pr. *D. de obl. & act.* Licere actori, quam voluerit actionem ex his, prius exercere: quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi: nempe posteriore actione in totum agendo, ut tamen id solum, quod amplius est, consequatur: sententia constanter tradita his locis, *d. L. qui servum*, *L. quoties*, [18] *§. 1. de obl. & act. L. 1. D. arb. furt. cæs. L. unde*, 7. in fin. *D. commod.*

si, non approbationem habet iuxta eundem, sed derisionem & reiectionem. Anne hoc solens Iurisconsultis, ut opinionem aliquam quæ regulæ iuris innititur derideant eeo absurdam. Largior hoc fieri, ut non approbent semper, ut dicant ita rationem facere, sed aliud utilius esse vel benignius. Verum ut ceu absurdam exagitent vix ostendes. Atqui ubi vocula *nisi* reprobantis est, ut in adductis exemplis (licet quo quidem ad *L. 55. de præscriptis verb.* sub iudice lis sit, ipseque in contrarium proclivior sum) pleronque ironicam derisionem coniunctam habet. Et cur hic ita luderet lectorem Ulpianus nec subiiceret clarius quid sentiret, forsan ita: quod videtur sane habere rationem; sed aliter dicendum, alia sententia utilior &c. arg. *L. 3. §. ult. L. 4. de in rem verso L. 1. §. 3. Si pars her. pet. & simil.* At dicit, Ratio ibi opponitur æquitati. Resp. Nulla oppositio, quia *d. vers. uls.* nec in quoquam contrarius decisioni præcedenti, sed eam declarat solum, non corrigit. Ostendemus paucis quomodo præcedentibus accommodetur. Nam in ipsa sententia per se *d. vers.* cum aliis mihi convenit, eaque clara & firmata est. At qui ad præcedentia se referat, nondum clare forsan expeditum. Ita sentio. Dixi *supra d. §. 1. vers.* 2. proponi quæstionem & decidi vid. *supra h. N.* vers. *Sequitur eam* &c. In vers. *nam etsi* ea decisio a simili & fortiori corroboratur, ut *ibid.* Dixi itidem antea *h. N.* vers. *Nam solutio illa* &c. quod *d. vers.* 2. habetur, remitti actionem, id accipi debere in totum, omnino, non ex parte Connectitur itaque *d. vers. ult.* & se refert, ad *vers.* 1. decisionem (quia versic. medii verba ita se habent, ac veluti parenthesi inclusa forent) hoc modo: Cedenda sane commodatario ei qui damnum sarcit, quod non ipse, sed socius eius ac correus dedit, Aquiliæ actio, qua recipiat a socio damni auctore, quod Commodati iudicio actori præstitit ut servetur indemnis. Sed hoc sic moderari decet, ut cedatur ita, ut non integrum cessæ actionis commodum transeat ad istum; ita equidem cessa Aquiliæ actione agens plus extorqueret a socio, quam ipse Commodatori præstitit, ita in lucro indebite constitueretur, quod ratio recta non admittit. Quocirca recte quis dixerit, cessa quoque actione isti, cum cedenti adhuc directa adversus auctorem damni maneat: illa *eum agendo e lege Aquilia* actione scilicet directa, quæ cessione non translata, *hoc minus consecuturum, quam ex caussa Commodati*, ab altero Commodatario, qui damnum non dedit, *consecutus est*, scilicet veram æstimationem damni illati, quam is ob communionem obligationis præstare compulsus fuit. *Quod videtur habere rationem* & generalem, ne ita non integrum consequatur actor, ad quod utraque illi actio nata fuit; & specialem, ut exposui, ne id superfluam Aquiliæ commodo alterius, cui non convenit, cedir. (4) Quis sensus vexatissimus verborum *L. 34. §. ult. de O. & A. quia simplo accedit &c.* Omissis aliis, duas referam interpretationes optione data utram voles sumendi. Una ante aliquot annos a Viro Cl. & nunc quidem Consiliario Elect. Sax. ampliss. Iosepho Avenario IC. fautore amicoque meo veteri in Disputatione sua inaugurali proposita his verbis: Subducitur simplum, aut per Commodati aut per L. Aquiliæ actionem. Simplo subducto per Commodati actionem remanet legis Aquiliæ non quidem in totum, sed in eo tantum quod amplius est. Simplo autem subducto per Aquiliæ actionem comprehenditur simul id quod amplius est, neque denuo locum habet L. Aq. actio (ut illic) *in eo quod in repetitione* 30. *dierum amplius est.* Hoc enim residuum ita cum suo simplo coniunctum est, ut ab eo divelli nullo modo possit, ut neque simplum ab illo, habita L. Aquiliæ ratione. Semel itaque intentata Aquiliæ tangit quoque & secum trahit ex sua natura, ultra simplum etiam residuum (non quod simplum idem sit cum residuo, aut totum id quod in actione L. Aquiliæ venit, simplum sit ut Rob. 1. *Animadv.* 29. tunc enim hæc efficeretur simplana, neque relinqueretur mista, ut disputat Mercat. 1. *notar.* 29. *contra Rob.*) adeo ut nequidem necesse sit subducto simplo Aquiliæ actionem remanere aut locum habere in residuo. Hæc ille. Altera nostra hoc modo: *Quia simplo* quod Commodati iudicio extorsit actor, *accedit*, in proposito, actio legis Aquiliæ. Quasi dicat IC. Quæstio nobis mota est non indefinite, sed ubi quid amplius est in Aquiliæ. Hic dicendum quod non simplo, vera æstimatione damni, præstito sit contentus actor, sed accedit, una ei datur, superest Aquiliæ *& simplo subducto locum non habet*: Hoc est. Et si ana regula sit quod si quis harum actionum expertus actor, alia locum non habeat, tamen ea regula non perpetuo viget, sed *simplo subducto*, id est eo casu, quo nihil amplius est in Aquiliæ actione quam Commodati iudicio obtentum est. Quando scilicet retroversus 30. diebus res, cui damnum illatum, non fuit pluris. Quia hic plane eiusdem vis & Aquiliæ, idemque persequitur, quod Commodati. Tunc enim vere subducitur simplum, cum nihil præterea, vel alia actione, debetur, cumque eius obligatio omnis extinguitur argum. *L. 4.* verbis *morte subducti C. Si reus vel accus. mort.* Ast ubi in Aquiliæ adhuc amplius est, non *subducitur*, non plane perimitur. Deducitur enim una cum incremento in Aquiliæ actionem, licet eousque Iudex non condemnet, exceptione doli obiecta &c. Enim vero quod Hortlederus vult removeri hic Aquiliæ agentem exceptione rei iudicatæ, admitti nullo modo potest, nec si vera in aliis eius esset sententia. Quia exceptio rei iudicatæ nunquam datur condemnato *L. 16. de exc. rei iud.* Et si vera in aliis esset eius opinatio, vel danda foret exceptio pacti aut remissæ actionis per *L. 24. C. de pact.* vel, quod magis est. ipso iure non teneret posterior actio, solutione perempta per *L. 18. §. ult. de const. pec.* Postremo videbimus, num bonus iuris; quod mista actio quoties est plenior mere reali, in eo quo eam excedit, post illam remaneat; restrictio sit, nisi actio mista arbitraria. Quanvis hoc non attigit Hortlederus. Ita volunt Cuiac. 8. *Obs.* 24. *& ad L.* 130. *de R. I. pag.* 319. *& seq.* P. Fab ad *d. L.* 130 *p.* 553. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 22. *n* 40. *per L.* 9 *§* 4 iunct. §. 6. *Quod met. ca. L.* 21. *§ ult. eod* Cæterum *d L.* 21. *§. ult.* speciem habet, ubi non concurrunt actiones sed disiunctim competunt vid. not. *supra N.* 1. *&* 4. Ast *d. L* 9. §. 4. *&* 6. omnino sane probant & concurrere actionem in rem; ac Quod metus caussa, & post illam quæ persequutoria; hancque mista, finiri. Verum ratio, quam proferunt citati, cur finiatur, rem expediet. Dicunt, quia re restituta, nulla adest contumacia rei, cuius pœnam sufferre debeat. Triplum autem in quo Quod metus caussa excedit actionem in rem est pœna contumaciæ. Rectissime. Sed hinc sequetur nihil hic peculiare arbitrariæ mistæ Antea enim ostensum est, quod post persequutoriam superest mista, non indistincte obtinere, sed iis solum casibus quibus hæc illa plenior. Hoc autem casu quando alicui in rem agenti res restituta est, non potest dici, quod actio Quod metus caussa concurrens plenior sit. Plenior enim est sub ea solum conditione si reus sit contumax futurus. Re restituta certum est eam conditionem existere non posse. Ergo.

17) Ita & Cuiac. 3. *Obs.* 25. scribens quod prius intentata levior actio posteriorem pleniorem delibet, non consumat Cabot 1. *Disp.* 30. *p.* 167. P Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 552. Obrecht. *de Concip. libell. C.* 22. *n.* 37.

18) At quid est quod *d. §.* 1. si tantundem, aut minus id consequatur. Resp. Sane Cuiac. 3 *Obs.* 25. 15. *Obs.* 23. *&* 1. *not. Mercat.* 29. pro *id* reponit *nihil*. Ac sequuntur Hot *Ill. Q.* 29 *p.* 237. P. Fab. ad *L.* 130. *de R. I. p.* 155. Balduin *de L. Aq. p.* 236. Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 3. *n.* 7. *&* 2. *Lect.* 25. n. 8. Obrech. *d. C.* 22. *n.* 25. P. Frid. *Lib.* 3. *de Cont. causs. C.* 11. *n.* 4. Ast receptam tuetur lectionem Rob. 2. *Rec. Lect.* 25. *sub fin. &* 3. *Animadv.* 29. Sed vereor ut interpretetur apposite.

XVIII. Quod si plures actiones circa eandem rem concurrentes omnes erunt pœnales, quæ quarta & postrema species huius generis a me supra posita est: si quidem simul cum pœna rei persecutionem continent, veluti si concurrant vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ actio adversus eum, qui animal rapuerit, quod & postea occidit: hactenus plures sunt actiones eiusdem rei nomine: quamobrem & in his hactenus superioribus regulis æquitatis utemur, ut hactenus una tantum experiri, una tantum contenti esse debeamus, una hactenus alteram consumat. *L. nemo ex his*, §. 1. *D. de reg. iur. L. sed actione*, 50. *D. pro soc. L. qui servum*, §. 1. *de obl. & act.* Neque intererit, utrum plures iste pœnales ex eodem facto nascantur, an ex pluribus, quales sunt superiores, quas modo dixi. Stat enim semper etiam in his illa æquitas præstationis, quæ dictat bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Nam quod Ulpianus scribit in *L.* 2. *D. de priv. del.* in eo qui hominem rapuit, & eundem postea occidit, etsi fuerit ei condictus homo ex causa furtiva, nihilominus lege Aquilia agi posse: sic interpretandum est ut possit agi, quatenus in ea est amplius aliquid, ex *L. qui servum*, in pr. *D. de obligat. & action. L. non solum*, *D. de rei vind. L.* 1. *D. arb. fur. cæs.* Cum autem in pluribus istis actionibus pœnalibus aut non inerit rei persecutio, aut extrinsecus solas earum pœnas spectabimus: videri iam ex contrario possunt eatenus diversarum rerum actiones esse, ut proinde omnibus liceat experiri, cum de pœna agetur. Sed hoc non ita est. In eo hæc distinctio [19] probata est, ut intersit, utrum ex pluribus factis, totidemque delictis nascantur hæ actiones, an ex uno facto quod plura delicta in se habeat. Si ex pluribus factis, ac totidem separatis delictis; tum sane plures actiones singulorum delictorum nomine competentes plurium rerum actiones sunt. Singulorum enim factorum sua pœna & coercitio est, quam unaquæque actio separatim persequitur. Hic locum habet definitio Ulpiani tradita in *L.* 2. *D. de priv. delict.* in hæc verba. ***Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum***, inquit, ***ob aliud delictum minuit pœnam***. Plura delicta intelligit plura facta, seu plura delicta diversis temporibus admissa, ut ipse declarat subiectis exemplis. Quæ duo apud eum prima sunt, his nunc contentus ero. ***Qui***, inquit, ***hominem surripuit, & occidit; quia surripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit.*** Idem dicendum, si rapuit, & occidit: nam & vi bonorum raptorum, & Aquilia tenebitur. Quod si in uno facto plura delicta erunt, unde & totidem actiones pœnales: etsi hæ singulæ suas pœnas iure distinctas habent, non tamen hic plures res versari putantur, sed una: nempe ut factum per se unum est, ita & eius facti una coercitio, utcumque pluribus pœnis pro arbitrio agentis coerceatur. Ideo & hic una tantum actione experiri nos posse placuit; ut quantum pœnæ nomine ea actione consecuti fuerimus, non possumus consequi altera. Hæc sententia est definitionis eius, quæ in hoc genere traditur in *L. plura*, 53. *D.* de obl. & actionibus. ***Plura delicta***, inquit Modestinus, ***in una re plures admittunt actiones; sed non posse nos omnibus uti, probatum est.*** Num ergo superiori definitioni Ulpiani adversatur, postquam apud utrumque definitio de pluribus delictis nominatim concepta est? Minime. Non enim Modestinus simpliciter nominat, plura delicta, sed addit [20] ***in una re***: quod valet, in uno facto, seu ex uno facto. Exemplo rem declarat

Mihi sententia hæc videtur: ubi ex eodem facto duæ actiones quibus non idem plane petitur, tunc una actione instituta & peracta, semper superest altera, sive in ea plus sit quam in priori, sive *tantundem* (modo tamen non *idem*) aut minus. Ut sive graviori sive leviori prius expertus actor, & inde, quod in ea actione fuit, consecutus; altera supersit ad id, quod per illam nondum adeptus est, quantumcunque id sit: ita ut condemnatio posterior, pro rei qualitate, priori modo uberior sit; modo æqualis; modo minor.

19) Ut altera in solidum supersit, nec solum quatenus plus in ea, vel aliam excedit. Et in universum tuendum est, ubi duæ pœnales actiones sive ex pluribus factis sive ex uno, modo plura delicta sint (etsi in hoc postremo dissentit Donellus & alii) quatenus pœnam utraque persequuntur, eatenus semper unam post aliam superesse, per *L.* 130. *de R. I. d. L.* 2. *pr. de priv. delict.* Nam etsi *d. L.* 2. §. 1. *&* 2. exempla refert, ubi & plura facta & delicta; ratio tamen quæ in pr. generalis & universaliter concepta per voculam *nunquam* item *ullius*. Ubi autem unum factum & unum delictum, regula quidem *d. L.* 32. *de O. & A.* *omnibus experiri permittit*. Sed eam ita accipit Obrecht. *d. C.* 22. *n.* 23. modo posterior plus quam prima contineat. *L.* 1. *& pen. arb. furt. cæs. &c.* Quomodo & P. Fab. *ad L.* 130. *de R. I. p.* 550. Et ita Cuiac. 8. *Obs.* 34. *& ad L.* 130. *de R. I.* Omnibus uti licet *d. L.* 32. si prius leniori egerit; una solum, si prius graviori. Confer Hut. *Ill.* 9. 29. Cabot. *Disp. ult.* Quomodo perinde erit, sive regula sit affirmativa, iuncta exceptione negativæ; sive regula negans, iuncta exceptionem affirmante. Sed magis puto alium esse sensum *d. L.* 53. *ut supra N.* 4. Posset dici in *d. L.* 32. vim voculæ *experiri* esse ut persequatur actor omnibus quod habere debet; & quod per unam non consequitur, alterius ope eum consequi. In *d. L.* 53. *v.* vocula *uti* plenum actionis utriusque commodum denotari. Sed hæc arguta forsan magis quam solida.

20) *Cuiac.* 8. *Ob.* 24. *& ad L.* 130. *de R. I. p.* 317. *& seq.* Exponit *in una re* id est facto & crimine. Et P. Fab. *ibid. pag.* 550. ex sequentibus verbis probat, quod de uno facto loquatur. Exemplum subdit *ibid. & pag. seq.*

Plane

clarat Paulus in *L. qui servum*, in pr. *D. de obl. & act.* simul quomodo intelligenda sit superior definitio, ostendit, *Qui servum alienum*, inquit, *iniuriose verberat, ex uno facto incidit & in Aquiliam, & in actionem iniuriarum:* & ideo possunt utræque competere. Quid ergo, cum unaquæque competat in viginti, an sic dominus utraque experiri poterit: ut consequatur quadraginta? Immo, ait Paulus, ubi in una nihil amplius est, quam in altera, una alteram consumet. Quo significatur id, quod superiore definitione Modestini comprehensum est, non posse nos in hac specie uti omnibus istis actionibus. Sed addit Paulus, sic in his una alteram consumi, nisi cum una prius actum esset, in altera quæ restat, sit aliquid amplius: tum & posteriore agere licere, sed ut quod amplius est, solum consequamur. Quod temperamentum & in definitione Modestini intelligendum est. Neque verba repugnant: quod enim ait non posse nos uti omnibus, sic interpretandum est, ut non possimus uti indistincte & pro arbitrio, puta etiam in eam summam, quam semel una aliqua consecuti fuerimus: non etiam ut non liceat consequi, quod nobis ex una amplius debetur. Idque etiam suadent illa verba definitionis initio posita, cum se loqui ostendit de pluribus delictis in eadem re: quæ verba & ad factum unum, & ad summam unam pariter recte referuntur.

Plane Rav. *ad L.* 130. *de R. I.* vult pœnalibus actionibus concurrentibus ita locum esse, ut non omnibus experiri oporteat, sed alterutra intentata, quod in aliis amplius officio iudicis exequi liceat, ut id cum actione concurrat. Ita accepit *d. L.* 34. ot & *L.* 53. *pr. L.* 41. §. 1. *de O. & A.* Et regulam *d. L.* 130. *de R. I.* refert ad officium judicis. Quo cessante ait certum esse alteram actionem consumi. Sed hæc opinio & aliis LL. convellitur & per dicta *supra N.* 16.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS.

CAP. IV.

Quid sit restitutio in integrum: quod genus hic actionis: quæ huius actionis recta institutio.

Transitio, & methodus. I.
Restitutio in integrum quid sit. Constat amissione rei sive caussæ eiusque redintegratione. Explicatio utriusque. II.
Restitutionem in integrum non proprie actionem esse, sed figura orationis talem nuncupari. III.
Superiorum cognitio cuius sit usus. IV.
Summa iuris de hoc actionis instituendæ genere constituti. V.
Opportuna collocatio huius tractationis. VI.

I. Quæ essent iuris nostri integri actiones, quæ eædem iure communi recta competunt, nulla præcedente restitutione magistratus; quæ earum genera essent, tum in rem, tum in personam, & in singulis quæ recta iudicii institutio, hactenus pro natura cuiusque generis satis dixisse videmur. Restat ex duobus illis generibus summis actionum, quæ a me initio proposita sunt, alterum earum, quas iuris nostri amissi actiones esse diximus. Est enim, cum rem nostram eiusque rei actionem iure communi amittamus: sed extraordinario auxilio succurratur nobis, ut restituatur ius vetus, quo restituto idem illud, quod rebus integris futurum esset, obtineamus. In hoc genere sunt hæ quas dico actiones. Quæ quia obliqua via eodem perveniunt: ideo & has obliquas iuris nostri persecutiones, ut priores illa rectas, non male nominari posse adiecimus. Extraordinarium hoc auxilium, eaque obliqua via eodem perveniendi, est restitutio in integrum magistratus: quam dum agendo petimus, eamque impetramus, fit, ut per hanc reliqua iuris nostri veteris simul consequamur. Ergo hæc pars est, quæ continet [1] in integrum restitutiones

1.) Restitutiones in integrum extraordinariæ sunt persecutiones & cognitiones prætorum ab ordinario iure distinctæ, quia iudex pedaneus de iis disceptare non solebat. Ideoque Prætor non dicit se iudicium daturum, sed animadversurum *L.* 1. §. 1. *de min.* Cuiac. *ad Rub. D. h. t.* Hort. 7. *Obs.* 4. P. Fab. *ad L.* 183. *de R. I.* Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 1. *&* 4. *Coniect.* 17. Vand. 1. Q. 10. *n.* 13. *& seq.* Et competunt hæ restitutiones contra ius commune, scilicet strictum & summum, non contra ius simpliciter, quod ex æquitate potissimum æstimatur, Anton. Fab. *ad. L.* 1. *&* 2. *h. t.* Vel contrariæ sunt iuri communi, quatenus gesta, quæ eo iure subsistunt, rescindunt ac

tiones; in quibus ipsis persequendis & obtinendis ut versatur tota; ita & in his ipsis eius vis & potestas omnis posita est. Quod cum ita sit, qui quæ sunt propria restitutionis in integrum noverit, idest, quid sit in integrum restitutio; quibus ex caussis quæque tribuatur; quæ eius postulandæ & ordinandæ recta ratio; idem quodnam sit hoc genus actionis; de quo quærimus, quidque in hac parte versetur, noverit. Quapropter hinc ordiemur.

II. Restitutio in integrum sic definitur in *L. 2. C. in quib. cau. in integ. rest. nec. non est.* amissæ caussæ redintegratio. Itaque in integrum restitutio duabus rebus continetur; videlicet caussa amissa, & huius caussæ integratione. Primum hoc statuendum est, nullam esse in integrum restitutionem, nisi rei & caussæ 2 iure amissæ; ut quotiescumque ius nostrum nobis integrum est, illic cesset in integrum restitutio. *d. L. 2. & toto tit. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est. L. in caussæ, 2. D. de minor.* Quod & verbum restitutionis in integrum satis per se indicat. Non enim dici potest restitui in integrum, nisi quod prius integrum esse desierat, idest, amissum erat. Quocirca non recte Paulus *lib. 1. recep. sent. tit. de integri restitutione*, certe parum commode restitutionem in integrum, quæ ubique cum in Pandectis, tum in Codice ita nominatur, vocat *restitutionem integri*. Necesse est enim his verbis intelligi restitutionem integri sub significatione aut activa, aut passiva. Activa, ut intelligatur restitutio, quæ id quod integrum est, restituit: passiva, ut intelligatur restitutio, qua id ipsum integrum restituitur. Quorum 3 neutrum dici potest de hac restitutione. Nam neque res sive integra, sive amissa restituit, sed magistratus: neque res integra restituitur, sed amissa. Quid sibi vult igitur, quod dicitur in *L. nemo, D. de in integ rest.* neminem videri re exclusum, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur? Significat, etsi omnis restitutio est de re iure communi amissa, qualem nunc statuimus; non ideo tamen eum, cui restitutio in integrum iure tribuitur, simpliciter re exclusum videri. Nam quod iure communi amisit, salvum habet beneficio prætoris, si in tempore postulet in integrum restitutionem. Quod quia facere potest; quandiu non facit, pendet saltem, an postea postulet; ac dum id in pendenti est, interim recte dicitur eum non videri re exclusum, qui in integrum restitutionem postulando vere consecuturus sit, ne rem amittat. Habet præterea in integrum restitutio, id quod verbum præcipue ostendit, huius ipsius amissæ caussæ 4 redintegrationem. Redintegrare est rursum integrum præstare, quod integrum esse desierat, valetque idem, quod in integrum restituere. Significatur autem utroque, rem amissam in eum locum & statum restituere, qui futurus esset, si non esset amissa; quæ vis et & effectus restitutionis omnis in integrum. *L. unica, C. de repu. quæ fiunt in iud. in int. rest. L. quod si minor, §. pen. D. de min.* De quo pluribus dicetur in restitutionibus minorum. Hanc autem restitutionem caussa cognita 5 tribuit magistratus, *L. 2. C. si ad rem*

ac infirment: ex iure autem communi inductæ; quia Prætoris edictis inventæ, quæ partem iuris communis faciunt, quomodo opinionem Zas. 1 *Intell. Singul.* 20 *n.* 8. ex iure communi eas esse contendentis cum DD. vulgo contra statuentibus, vid. Walth. 1. *Misc.* 12. conciliat Io. Mauric. *h. Tr. de Restit. in int. Cap.* 2 *n.* 7. *&* 8. Nec quia extraordinaria hæc remedia ideo iniusta, aut iuris regulis adversa; sed imo illis consentanea. Fr. de Caldas *ad L. 3. C. h. t.* verbo *implorare in integrum restitut. n.* 8. Et Prætor naturalem æquitatem secutus, *L. 1. pr. de minor.* Quamquam enim præcipuæ quoque æquitatis sit gesta, maxime conventa servare. *L. 1. de pact.* id tamen in genere æquum est & de pactis licitis, non in specie de iis, quæ læsionem & damnum alterius continent *L. 14. de cond. ind.* Sfortia Oddus *h. Tr. de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 1. *Art.* 14. *n.* 97. Io. Mauric. *d. C.* 2. *n.* 10. Naturalis quippe æquitas ex cuiusque negocii circumstantiis æstimanda. Æquum est servari quod convenit, sed æquius est quod cum minore gestum est, in eius damnum non servari. Quin nec Philosophi hac de re consulti aliud dicerent; ita Duar. *ad l. D. de minor. in pr.* Quare favorabiles sunt, non odiosæ. Odd. *d. Art.* 14. *n.* 98. adeo ut semper in dubio concedendas tradant Caldas *d. lo. n.* 6.

2) Male Ant. Fab. ad *L. 16. pr. D. de min.* Ubi ipso iure gesta non tenent, non debere quidem dari *d. L.* 16. *pr.* sed posse ex abundanti & non necessario *L. 2. L.* 11. *C. de præd. min.* eo quod nulli iniuriam faciat prætor. At imo non debere & posse contraria sunt. Quod enim non debet fieri prohibitum; quod potest permissum. Et absurda collectio ex *d. L.* 2. verbis: *non necessaria*, & *d. L.* 11. verbis: *supervacuum est*. Quæ imo ipsa arguunt restitutioni plane locum non esse. Nemo enim supervacua cautione onerari debet *L.* 14 §. 1. *Ut leg. nom. cau.* Atque ut natura nihil frustra facit, ideo quia ceu sapientissima semper fine movetur, Scal. *de Subtil. Exer.* 61. ita & leges, ceu consulta virorum prudentum, nihil temere admittunt. Nec lites & iudicia sine necessitate institui sinunt. Quin nec ipsa res restitutionem capit, si nihil amissum, sive natura sive iure vid. *infra C.* 9. Et quod nullum est, rescindi nequit *L.* 5. *de ini rup.*

3) Immo passive, sic non inepte dicitur uti & in *L.* 34. § 1. *de in ur.* Integri quia scilicet quod amissum est, non ex parte, sed totum, seu integrum restituitur. Et ut brocardicom illud habet; Quantum abstulit læsio, tantum resarcit restitutio.

4) Definitio vulgaris hæc est: in pristinum statum repositio, quam tuetur Sfortia Oddus *h. Tr. P.* 1. *Artic.* 4. Mauric. *C.* 1. *n.* 1. reprobat Reboff. *h. Tr. Tomo* 2. *const. reg. in Præf. n* 4. *&* 5. definiens *n.* 3. quod sit ad rem & ius pristinum reductio. Fr. de Caldas ad *L. 3. C. h. t.* verb *implorare in integrum restitutionem n.* 4. ita perfecte definiri censet: Auxilium Prætoris, minoribus concessum, facilitate sua vel adversariorum dolo læsis, intra tempus legitimum implorandum, per quod pristinum ius recuperant. Cuius definitionis verba deinde fuse exponit.

5) Ut scilicet iustitiam caussarum examinet, an veræ sint *L.* 3 *h. t.* Ubi voculam, *&*, intericiunt, tanquam repetendam ex postrema præcedentis vocis syllaba, quod id

rem ind. L. 2. C. si ad fis. L. in caussa, 1. §. ult. D. de minor.

III. Ex quo intelligitur, si proprie loqui volumus, restitutionem in integrum [6] actionem non esse. Neque enim agit magistratus, cum restituit, aut aliter iudicat, sed apud eum agitur, ut fit in reliquis iudiciis. Quid est igitur, quod in hac parte de in integrum restitutionibus actionem iuris nostri amissi versari dicimus? Nempe hoc est. In integrum restituit magistratus: sed ita, si ab eo desideretur, imploretur, postuletur, petatur in integrum restitutio; tot enim verbis in eadem re iuris auctores utuntur. Hæc postulatio & petitio [7] actio est, in qua de restitutione in integrum agitur; indicat *L. non solum, §. est & casus, D. de proc.* Quo magis intelligitur verum esse id, quod modo dixi, restitutionem ipsam in integrum actionem non esse. Nam postulatio & persecutio in integrum restitutionis est privati litigatoris: hic enim restitutionem postulat, & de ea agit cum adversario. Restitutio, est eius qui restituit, idest, magistratus. Item postulatio & actio in integrum restitutionis est res, qua petimus in integrum restitutionem; restitutio res ipsa, quam petimus. Quemadmodum igitur in cæteris actionibus omnibus nunquam actio & res petita sunt eadem; sic nec eadem esse possunt postulatio seu actio in integrum restitutionis, & in integrum restitutio. Sed figurate restitutio in integrum dici potest actio, quæ est de hac ipsa restitutione: vel ut ex parte totam actionem intelligamus συνεκδοχικῶς; vel ut ex contento actionem quæ continet in integrum restitutionem μετωνυμικῶς. Quomodo supra diximus stipulationes prætorias actionis verbo subiici in *L. actionis, D. de obligation. & action.* ubi per stipulationes prætorias necesse est intelligi postulationes & petitiones harum stipulationum. Quam rationem verbi secutus Paulus eodem *lib. 1. receptarum sententiarum*: eodem titulo, *de in integrum restit.* in integrum restitutionem definit redintegrandæ [8] rei vel caussæ actionem: sentiens restitutionem in integrum esse actionem, qua id agitur, ut res vel caussa amissa restituatur; seu qua restitutio in integrum sic petitur, ut de ea impetranda agatur. Et certe quocumque nomine hanc actionem appellare libet, hoc ipsum agitur in omni in integrum restitutione, ut res amissa redintegretur, seu ut hæc ipsa redintegratio obtineatur; neque obtineri potest, nisi per hanc actionem. Atque hæc actio est, quam in hac parte versari dicimus.

IV. Id ita cum de verbis, tum de actione huius generis iam ab initio moneri, non tantum ad cognitionem verborum utile est, ne quem hic ambiguitas verborum aut ignorantia errorem in re ipsa pariat; sed etiam ad rem ipsam, quam hic quærimus, omnino pertinet. Huc enim spectat, ut intelligamus quæ in cæteris actionibus partes sunt rectæ institutionis, easdem inesse & servandas esse in hoc genere actionis: partes has dico, cui competat in integrum restitutio, seu actio de in integrum restitutione; adversus quem; qua de re; cuius rei obtinendæ caussa. Quoniam enim omnis actio, quæcunque apud iudices arbitrosve instituitur, non potest, quin sit inter aliquos, de re aliqua, quo quid de ea re obtineamus, ut bene monemur in *§. 1. Inst. de act.* necesse est, cum in hac postulatione in integrum restitutionis sit actio, etiam in ea eadem illa omnia inesse, ut sit, cui competat, & adversus quem competat, de

Id frequens sit Pand. Florentinis, P. Fab. ad *L. 183. de R. I. initio* A. Fab. ad *d. L. 3.* & Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 19. Ut sensus sit duplicem caussæ cognitionem esse. (1) Sitne iusta caussa. (2) Sitne vera. Ut veritas facti & æquitas iuris concurrant, quæ duo in iudiciis spectantur, Cic. *ad 9. Att.* 15. Caussam habuisti & veram & bonam. Quos lapides angulares iudicii vocat Bald. *in C. quoniam 11. de probat.* Verum & non inserta vocula *&* salva hæc sententia. Frequens enim coniunctiones omitti. Adhæc veritas quoque bonitatem caussæ & iustitiam significat, vid. Henr. Steph. *Lib. 2. Schediasm.* 6. Et iustitia caussæ veritatem facti continet, ut multis exemplis ostendi posset, si liberet aut vacaret.

6) Nisi dicas actionem apud Paul. *d. §. 1.* non significare ius persequendi in iudicio &c. quomodo prætor dat actionem apud pedaneum iudicem intentandam, sed legis actionem, ut Baro in *L. 2. h. tit.* Quod mihi non placet.

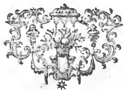
7) *L. 16. pr. de minor.* v. *alia actio*, etsi Walth. 1. *Misc.* 31. quosdam codices habere *aliqua* scribat, quod & probat, vid. *supra Lib. 19. Cap. 5. n. 11. circa med.* Sed restitutionem hanc non actionis via, sed imploratione officii iudicis peti debere vult Mauric. *C. 11.* Meichsner. *Tomo 4. Decis. cam.* 36. *n.* 10. Octav. Vestr. *Lib. 8. Pract. aula Rom. C. 3. n.* Sich. *ad Rub. C. h. t. n. 1.* Et communem omnium conclusionem vocat Sfortia Oddus *P. 1. Q. 35. Art. 6.* Atqui & hæc, generalius saltem, actio est, vid. *d. C. 5. N.* 10. An prohibita vel negata statuto actione, & hæc restitutio, vid. Oddus *P. 1. Q. 15. Art. 4.* & num non petita officio iudicis concedi possit, idem *P. 1. Q. 31. Art. 1.* Plane & in modum exceptionis vel contradictionis proponi potest *C. caussa redintegr. extr. h. t. L. 28. §. 5. Ex quib. caus. mai. L. 9. §. 4. de iurei.* & arg. *L. 8. §. 13. de inof. test.* & per *L. 156. §. 1. de R. I.* Duar. *ad tit. Cod. de restit. mihi fol.* 131. Ant. Fab. *ad L. 16. pr. hoc tit.* Rebuff. *h. Tr. Gl.* 2. *n.* 26. Odd. *d. Q. 35. Artic.* 7. Wesen. *Cons.* 42. *n.* 103. Franc. de Caldas *ad L. 3. Cod. hoc tit. in definit.* verb. *implorandum n.* 2.

8) De quo Cuiac. *ad Rub. D. hoc tit.* ita: Etsi res videatur litem significare, ut in *L. 8. §. 1. de inof. & simil.* (vid. Muret. ad *L. 2. §. 29. de O. I.*) & caussa hypothesin, seu negocium ut *L. caussas. 16. C. de trans.* ex quo lis nondum ulla est: Tamen quia Isidor. *Lib. 5. Etymol.* hac definitione tradita, subdit: Res redintegratur, quæ vi extorta est; caussa, quæ expleta non est. Ideo hunc sensum putat: Non tantum rem perfectam, puta datam, redintegrari: sed & imperfectam, id est, caussam, si res nondum data, sed promissa.

de re aliqua, & aliquid de ea re obtinere contendat. Quæ & revera insunt omnia in persecutione huius actionis.

V. Ac de his si summam iuris ad omnes in integrum restitutiones pertinentem quærimus, hæc est. Competit in integrum restitutio iis, quibus ea tribuitur iure; quod fit certis & constitutis de caussis. Competunt adversus eum, ad quem res amissa, de qua agitur, pervenit: & ita adversus hunc, ut præsente eo, aut per contumaciam absente de in integrum restitutione cognosci oporteat, ut fit in reliquis actionibus. *L. in caussæ*, 13. §. 1 *D. de in int. rest. L.* 1. *C. si ad. dot.* Competit de re amissa, cuius solius in integrum restitutio est: finis & effectus hic, ut res in integrum restituatur: re restituta, ius nostrum antiquum obtineamus, quasi nunquam antea amissum. Ex quibus tria posteriora per se ipsa intelligi possunt ex verbo in integrum institutionis, quo docemur hic agi de re amissa, & ut ea restituta obtineatur. A quo autem obtineri potest, nisi ab eo ad quem pervenit! Solum primum fere quæstionem habet, in qua & versatur fere omnis de in integrum restitutionibus quæstio, utpote a qua etiam pendent cætera, cui, quibus ex caussis iure tribuatur & competat restitutio quævis in integrum. De quibus deinceps cognoscemus, si prius de collocatione huius partis, quam reliquis omnibus actionibus subiicio, pauca dixero: præsertim cum videamus in Pandectis & Codice, idest, in edicto perpetuo tractatum hoc argumentum ante initium iudicii, & reliquis omnibus actionibus præpositum.

VI. Principio cum in hac parte versetur ea actio, quam dixi, vel hinc statim intelligi potest, non alibi ei parti eiusque tractationi locum esse debere, quam inter actiones, cum quæritur, quæ sit huius quoque actionis recta institutio in superioribus illis partibus quatuor. Quod si de ordine horum generum tractandorum quæritur, ipsa etiam conditio rerum, qui in his tractandis ordo esse debeat, satis nos admonet. Actiones iuris nostri integri iure ordinario & communi competunt. Actiones iuris amissi, seu in integrum restitutiones extraordinario. *L. in caussæ*, 16. *D. de minor.* Non dubium est autem priorem esse iuris communis, quam extraordinarii cognitionem: cum illud commune regulam habeat; huius autem exceptio quædam sit extraordinarium, quod ab illo communi eximitur. Sic enim reperietur summa esse iuris de actionibus instituendis constituti; actiones competere cuique de iure suo integro: de amisso nullas; quia amissum ius desi-t nostrum esse. Sed hoc ita, nisi extraordinario auxilio de amisso tribuatur in integrum restitutio. Ubi in priore parte regulam, in restitutionibus in integrum exceptionem eius regulæ facile agnoscimus. Nemo autem ignorat, semper regulam natura priorem esse sua exceptione.



CAP.

CAP. V.

Quæ in integrum restitutionis genera sint, quæ caussa, & De in integrum restitutionibus maiorum.

Ius petendæ in integrum restitutionis ex eius caussis æstimari: Hæ duæ, & quæ. I.
Restitutionem in integrum pariunt rei amissio & simul amittendi caussa. II.
Amissio triplex, & qualis unaquæque. III.
Caussa amittendi qualis: ex hac duo restitutionum genera, & quæ. IV.
Harum tractationis methodus. V.
Caussas amittendi in maioribus ex conditione facti æstimari. VI.
In iis quæ facto nostro amittimus, tria locum facere restitutioni maiorum. VII.
1. *Metum. Ex isto duplex actio: de utraque quo in loco auctor.* VIII.
2. *Dolum: an actio de dolo restitutioni in integrum accenseatur, & quatenus.* IX.
3. *Iustum errorem: quid hic a metu discrepat, aut dolo.* X.
Quæ iusti erroris species in integrum restitutione sublevetur. XI.
In iis quæ omissione sola amittimus restitutioni in integrum caussam dare iustum impedimentum. Hoc quadruplex. XII.
1. *Iusta absentia nostra sive necessaria sive probabilis: & quod utriusque discrimen.* XIII. XIV.
2. *Absentia adversarii: prætorquam si hic defensorem reliquit, qui nec fuerit interrogatus.* XV.
Item ea adversarii conditio, ut cum eo agi non posset: quæ species eiusmodi. XVI.
3. *Magistratus, & quomodo.* XVII.
4. *Ipsa rerum natura sive conditio: Hoc quale sit, explicatur.* XVIII.
Restitutio in integrum ex superioribus caussis adversus quos competat. XIX.
In iis quæ casu amittuntur locum non esse in integrum restitutioni inductione eius partium ostenditur. XX. XXI. XXII.
Exceptio. XXIII.
Tempus in integrum restitutioni præstitutum olim annus utilis. hodie continuum quadriennium. XXIV.
Biennium vero continuum in actione de dolo. XXV.
Restitutio in integrum transit & in heredes & fideiussores, si ea utantur statuto tempore. XXVI.

I. REdeo igitur ad illas partes quatuor rectæ institutionis, quas in persecutione restitutionis in integrum similiter spectandas diximus. Ex quibus illa prima est & præcipua, qua posita cæteræ sua sponte intellectæ sequuntur, cui competat in integrum restitutio, seu actio de in integrum restitutione, de quo genere actionis nunc quærimus. Hic vero evenit idem, quod in reliquis actionibus omnibus, ut quemadmodum in illis frustra quis agit, nisi sit is cui competit actio; ita frustra postulet in integrum restitutionem, cui ea iure non competat. Competit, ei, cui illa tribuitur iure. Tribuitur autem ut & alia, quæ sunt iuris nostri, certis & constitutis de caussis. Eo fit, ut in quo hæ caussæ sunt, ei competat in integrum restitutio: in quo non sunt, ei non competat: ut proinde ex his caussis de iure in integrum restitutionis postulandæ sit æstimandum.

II. Omnino ut cuiquam competat restitutio in integrum, duabus his in rebus tanquam caussis summis positum est; ut ei ab initio recte nata sit; & nata consistat intra tempus ei petendæ præfinitum. Duæ res iunctæ restitutionem in integrum pariunt, ex quibus scilicet ab initio omnis ea restitutio nascitur; rei de qua recipienda agitur amissio, & amittendi caussa, quas quidem res ius agnoscat.

III. In primis rei amissio est sine [1] qua, ut in definitione diximus, nulla esse, aut etiam intelligi potest in integrum restitutio. Sed rem non natura, verum iure communi nobis amissam esse oportet: ut quamvis res extaret, quæ nostra fuerat, aut nobis debita; tamen eo res redierit, ut nobis amissum sit ius eius petendæ aut persequendæ. *L. in caussæ cognitione*, 13. *D. de minorib. vigin. quinq. ann.* Hæc amissio triplex est. Consistit enim aut in iis quæ habuimus, amittendis; aut in iis quæ

[1]) Recte quod & passim inculcat Duar. *ad tit. Cod.* de hac materia, vid. quæ notavi contra A. Fabrum *C. præterd. N.* 2.

quæ non habuimus, cum delata essent, omittendis, aut in onere & obligatione aliqua in nos suscipienda: quæ partes eleganter comprehensæ sunt, & propositæ ab Ulpiano ad in integrum restitutionem in *L. non omnia, quæ minores*, 44. *D. de minorib. 25. ann.* propositæ quidem illic in persona minorum: sed ita, ut hæ omnem amissionem rei nostræ contineant, cuius nomine in integrum restitutio possit postulari. Amittimus, quæ habuimus; veluti, cum donamus nostra; item cum vendimus, permutamus iniquis conditionibus, & non sine damno rei familiaris; item cum actionem aut servitutem aliquam nostram remittimus. Omittimus delata; veluti, cum hereditatem testamento aut ab intestato delatam repudiamus; cum delatum legatum recusamus. In quo genere illa amissio est, quod hic saltem amittimus facultatem acquirendi, quam prius habuimus. Onus & obligationem in nos suscipimus, cum promittimus aliquid, ubi non expediebat. Est & hic, quod amittamus; libertas scilicet impune recusandi, quæ ante nobis fuit integra; & tandem res ipsa promissa, quam de nostro præstare cogimur. Hæc seges est restitutionis omnis in integrum; hæc materia, in qua versatur: utpote unum hoc sibi propositum habens, ut quod amissum est, restituatur.

IV. Sed non ut quodque his modis nobis amissum est, ita statim nobis de eo in integrum restitutio competit. Hoc amplius etiam caussa amittendi spectanda est. Hæc propemodum una restitutionem continet. Caussam amittendi eam esse oportet, quam ut iniquam æquitatis ratio improbet, idest, talem iudicet, propter quam indignum sit cuiquam de suo quidquam decedere: ideo ita statuat, si nihilominus ex ea caussa nobis quid amissum sit summo iure, ibi rem dignam esse auxilio, & læsis esse subveniendum: in [2] quo est in integrum restitutio. Idque est, quod eleganter dicitur in rescripto quodam Antonini; *Etsi nihil facere mutandum est ex solemnibus; tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* Loquitur enim illic Antoninus de in integrum restitutione tribuenda iis, qui sine culpa sua decepti inciderunt in captionem: exstat in *L. Divus Antoninus*, 7. *D. de in integrum restitution.* Ita in summa eam amittendi caussam quærimus, quæ indignam amissionem faciens, iustam caussam præbeat in integrum restitutioni. Huiusmodi caussæ non in omnibus eædem sunt, sed personis distinguuntur. Aliæ in maioribus viginti quinque annis admittunt in integrum restitutionem, aliæ in minoribus. Hinc genera nata duo restitutionum in integrum, ut quædam sint maiorum viginti quinque annis, quædam minorum. Quæ indicantur Titulo Codicis, *de in integrum restitutionibus minorum*, & Titulo, *quibus caussis maiores:* item D. *de minoribus viginti quinque annis*; &, *quibus ex caussis maiores*. Quæ maiorum sunt, eædem sunt cum minoribus communes. Quibus enim ex caussis maiores in integrum restitui placet, absurdum sit non etiam ex his minores restitui placere; cum his plus tribuatur propter ætatis infirmitatem. Quæ minorum sunt, eæ sunt minorum propriæ, & singulari iure continentur.

V. Hæc res nos admonet in his tractandis naturæ ordinem postulare, ut prius dicamus de in integrum restitutionibus maiorum. Nam hæ cum sint communes omnium personarum, sunt eædem etiam generales. Prior est autem cognitio generis, quam specierum. Tum autem cum restitutiones minorum ex iure communi reliquorum eximantur, est in his exceptio quædam iuris istius communis. Iam autem dixi semper regulam sua exceptione esse priorem.

VI. Caussæ amittendi, quæ maioribus in integrum restitutionem tribuunt, non omnibus factis quibus quis quid amisit, pariter congruunt, sed aliæ conveniunt aliis. Proinde & hæ nobis ex genere facti distinguendæ sunt. Quidquid amittimus, aut facto nostro amittimus, (hic cogita de alienatione iudicii mutandi caussa facta, propter *L. 1. C. de al. iud. mut. cau. fac. L. 3. §. ex quib. D. eod.* ubi restitutin in integrum ex hac caussa nominatur.) Aut omissione sola, aut omnino casu nulla parte facti nostri interveniente, sive quod fit in faciendo, sive quod in non faciendo: facto nostro; veluti, cum donamus quid, remittimus actionem, delata repudiamus. Omissione; ut cum non agendo actionis temporalis diem exire sinimus. Casu; ut, cum debitor noster per status mutationem eximitur obligatione, invitis & nec cogitantibus, aut quidquam omittentibus nobis. VII.

[2] Vid. *C. praeced. N. 1.* Quotuplex sit restitutio vid. Sfortia Oddus *P. 1. Q. 1. Art. 15.* qui ita: Alia gratiæ, alia iustitiæ, sic M. Anton. Caimus *in Summar. enarrat. tit. C. de in int. rest. initio*) aliam ex Principis indulgentia tribui, aliam suadente æquitate ex iuris dispositione: Sed prior illa non est huius loci, nec eiusdem omnino generis. Hæc alia prætoria, & vel maioribus communis, quæ aut officio iudicis, & proprie ita dicitur, ut *t. Ex quibus cau. maior.* aut iure actionis quæ improprie, uti ex caussa metus vel doli. Alia civilis, quæ ex constitutionibus, ut in *L. Divus 33. de re iud. L. 31. de iureiur.*

VII. In iis quæ facto nostro amittimus, tria sunt, quæ facti habent excusationem, & ut nos omni culpa eximunt, ita etiam in maioribus locum faciunt restitutioni; metus, dolus, iustus error, quæ tria commemorantur in *L. 1. L. 2. D. de in integ. rest.* Metus; si quid metu coacti fecimus, quo quid alienaremus, remitteremus, repudiaremus, promitteremus. Dolus; si quid horum fecimus alieno dolo inducti. Iustus error; si dum putamus nos aliquid de nostro in aliquem conferre, aut cui permittere debere, ubi omnino non debemus, aut non cogimur, illic alienamus, aut promittimus iusto errore decepti.

VIII. De metu edictum generale est, quo prætor pollicetur, si quod metu gestum erit, quodcumque id erit, ratum non habiturum. *L. 1. D. quod met. caus.* Ex ea caussa duæ sunt actiones eo edicto propositæ. Una in personam in quadruplum, si quis iussus restituere lucrum, quod ex metu senserit, non restituit: de qua in *L. item, §. 1. §. in hac, §. hac autem, D. quod met. caus.* Hæc recta est, & statim ex maleficio nascitur, nec desiderat præcedentem in integrum restitutionem magistratus: quippe quæ nec desideret veterem actionem restitui, ut ad id obtinendum prius rescissione eius, quod gestum est, & in eo auctoritate magistratus sit opus. Ideo nec ea ad restitutiones in integrum pertinet. Quamobrem & de ea actione ut recta, & ex maleficio nata, inter cæteras quæ ex maleficio nascuntur, ut locus postulabat, diximus. Altera est actio, qua id agitur, ut restituatur vetus actio & facultas, quæ metu amissa est, rescissa prius acceptilatione, vel alia sive liberatione, sive alienatione. *L. metum, 9. §. sed quod prætor, §. volenti, D. quod met. cau.* Hæc vero est, quæ continet in integrum restitutionem veteris iuris: qua parte & actio ad restitutiones in integrum pertinet. De utroque genere coniunctim inter maleficia diximus sub titulo, de his quæ vi metusve caussa gesta sunt: quia eum illic exponeretur a nobis genus ipsum maleficii, eiusque animadvertio, utrumque quod ex eadem caussa esset, & hanc animadversionem contineret, ita coniungere necesse habuimus.

IX. Doli quoque hæc conditio est, ut nihil ratum habeatur, quod dolo malo factum sit. Sed nulla hic proprie locum habet restitutio in integrum. Nam si de eo quod decepti amisimus obtinendo alia actio est, aliudve quod remedium, hoc utimur. Si non est, proponitur edicto prætoris actio de dolo famosa ut quod dolo ad decipientem pervenit, restituatur. *L. 1. L. arbitrio, D. de dol.* Sed & hæc actio proprie non est in integrum restitutio, ac neque hanc in se habet; sed recta est ad repetendum id, quod nobis abest, sine alia præcedente magistratus in integrum restitutione. Eiusque rei certa argumenta hæc sunt: primum quod nulla hic vetus actio est, in quam se actor de dolo agendo restitui postulet, ut fit in restitutionibus in integrum. *L. 9. §. volenti, D. quod met. cauf. §. rursus, Inst. de act.* Deinde quod cum restitutione id agatur, ut vetus ius nostrum nobis restituatur, necesse est & restitutionem competere adversus omnem, qui rebus integris nobis teneretur: perinde adversus omnem, ad quem res nostra pervenit, etiam si eum eo nihil gesserimus. *arg. d. L. 9. §. sed quod, §. volenti, quod met. cau.* Quod contra fit in actione de dolo; quæ nisi adversus eum, qui dolum adhibuit, locum non habet: adversus eos ad quos res nostræ alieno dolo amissæ pervenerunt, nulla est. *L. sed & 15. §. ult. D. de dol.* Ideo & hæc actio a nobis inter maleficia ut suo loco exposita est continenter post actionem quod metus caussa. Numeratur tamen dolus inter caussas in integrum restitutionis in *L. 1. D. de in int. rest.* Sed & titulus de dolo cum D. tum C. propositus est in ea parte, in qua de restitutionibus agitur. Magis tamen propter 3 affinitatem, quam habet actio de dolo cum in integrum restitutione, quam quod revera sit ipsa in integrum restitutio, qualem nunc iuris veteris amissi in integrum restitutionem intelligi volumus. Affinitas autem hæc est, quod & hæc actio contempto eo & tanquam rescisso quod gestum est rem amissam revocat,

3) Durum hoc. Melius Oddus *P. 1. Q. 1. Art. 16. n. 106. in d. L. 1.* caussas poni restitutionis in integrum tam minorum quam maiorum, inter quas & dolus est adversarii, ut *infra C. 10. n. 1.* Enim vero Duar *de Rest. in int. Cap. 1.* scribit *tit. D. de rest. in int.* suo ambitu speciales qui sequuntur continere. Et Cuiac *ad Rub. d. tit.* Edicti de restitutione sex fuisse clausulas in sex sequentibus titulis tractatas, ac pro iis facit *L. 9. §. 7. Quod met. ca.* Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 3. §. 5. *n.* 11. Sed Odd *d. loc.* illis opponit ordinem titulorum Codicis, ubi prius tractatur de actionibus doli & metus, quam de restitutionibus in genere vel specie. Et sic quod in titutis, si mentio fiat restitutionis in integrum, actiones illæ non veniant, Sich. *ad Rub. C. de in int. rest. n. 1.* Recte vero Ant. Fab *ad L. 1. §. 6. de dolo.* Edicto, *Ex quib. ca. mai.* nunquam locum esse, quoties intervenit dolus illius ipsius contra quem restitutio petitur. Alioqui supervacuum esset edictum de dolo. Semper enim ei restitutioni locus esset ex generali clausula, *si qua alia iusta caussa &c.* Et facit *L. 38. de dolo.*

vocat, ut fit in restitutionibus in integrum: præterea olim constituta erat intra annum utilem similiter ut in integrum restitutiones. Sed neutra harum rerum efficit, ut propterea in actione de dolo dici debeat versari in integrum restitutio. Nam & quæ alienata sunt in fraudem creditorum, quæ eadem creditoribus summo iure amissa sunt, utpote alienata a domino ipso, eorum revocandorum & veluti rescindendæ alienationis caussa proposita est actio Pauliana creditoribus. *tot. tit. quæ in fraud. cred. D. L. videamus*, 2. §. *in faviana*, *D. de usur.* neque ideo tamen eam actionem inter restitutiones in integrum numerat. Idemque est in faviana actione de rebus in fraudem patroni alienatis.

X. Iustus error, quo ducti aliquid nostrum vel alienamus, vel promittimus, a superioribus duabus caussis, una in re: a priore in duabus plurimum diffidet. Nam primum quod utriusque illius caussæ commune esse diximus, quidquid metu compulsi, aut dolo inducti fecimus, id ratum non non habetur. At non item quod errore quamvis iusto amittimus: id enim sæpe ratum est. Tum autem ut id ratum non sit, tamen maxima ex parte alia via revocatur, quam per in integrum restitutionem; aliter atque id, quod metus caussa gestum est. Ut puta, si quid cui donavimus, dum putamus negotia nostra ab eo gesta esse, aut aliquid aliud ab eo profectum, quod æquum sit nos remunerari: res in ea caussa est, ut quanvis falso nobis persuaserimus factum esse, quod factum non erat, tamen nulla sit dati repetitio; quia satis intelligamur donasse, quod nullo iure cogente dedimus. *L. in summa*, §. 1. *D. de cond. ind.* Quod si quid tanquam solventes dedimus, dum nos debere putamus, hic quidem dati repetitio est, sed recta & ordinaria, nempe condictio indebiti, non ullum extraordinarium remedium in integrum restitutionis. §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re cont. obl.* nisi si quando id in persona minorum concurrat cum indebiti condictione; de quo postea in restitutione minorum. *L. in caussa*, §. 2. *D. de minor.* Si quid etiam eodem errore promisimus, dum nos debere putamus, ne hic quidem tenemur efficaciter: sic tamen, ut hic nulla sit necessaria adversus eam obligationem in integrum restitutio, sed iure communi tuti simus exceptione doli mali, vel in factum. *L. si quis cum aliter*, *D. de verbor. obligation. Inst. de excep.* in pr.

XI. Quis ergo in hoc errore relinquitur locus in integrum restitutioni, cuius mentio est in *L.* 2. *D. de in int. rest.* Una tantum 4) species occurrit, cui in iusto isto errore tributa sit amissi in integrum restitutio, qualem nunc quærimus. Ea est de eo, quod cum pupillo gestum est falso tutore auctore, quem falsum esse actor ignoravit. De hac specie exstat edictum prætoris sub *tit. D. quod fals. tut. auct. gest. esse dic.* quo edicto duplex actio proposita est. Una adversus tutorem, qui dolo malo auctor factus esset, ut quanti ea res erit, quæ nobis eo contractu amissa est, in tantam pecuniam condemnetur. *L. novissime*, *eod. tit.* Sed hæc actio recta est adversus tutorem, qui nos decepit, non ullius veteris actionis aut iuris restitutionem persequens, sed novi delicti æstimationem continens. Ideo nec prætor in hac danda ullius in integrum restitutionis mentionem facit: quamob caussam huc non pertinet. Altera actio est, in qua prætor non iam actionem, sed nominatim in integrum restitutionem daturum se pollicetur. De ea quidem nihil am-

4) At DD. nostri perplures species admittunt, quibus ex caussa ignorantiæ vel erroris restitutionem, etiam contra læsionem, quæ facto errantis contigit, indulgent. Idque ex tertia clausula edicti: si qua alia iusta caussa *L.* 1. *Ex quib. ca. mai.* Mauric. *C.* 387. de quibus plene Oddus *P.* 1. *Q.* 8. item *Q.* 9 fuse tractans de restitutione rusticorum ex hac caussa, de qua & Choppin *de Privil. rust. Lib.* 1. *P.* 2. *C.* 1. *&* *C.* 5. item de restitutione mulierum *Q.* 10. Et *Q.* 11. de aliis caussis, furore, ebrietate, morte, iusto dolo, iracundia &c. item de paupertate, *d. Q.* 11. *Art.* 9. *& seq.* & Cornel. Benincassa *de Privil. paupertatis Q.* 4. *n.* 18. Nobilitatis hic præ cæteris quæstio an ex caussa ignorantiæ adversus usucapiones vel præscriptiones ex illa clausula competat restitutio? Quod omnino negandum per *L. ult. C. de præs. long. temp.* ubi simpliciter dicitur nulla scientia vel ignorantia expectanda. Quod si daretur restitutio: esset hoc verbis LL. imponere, non rebus. Additurque illic: *ne altera dubitationis &c.* & per *L.* 3. *ibi non absentia, non militia &c. C. de præscr. 30. ann.* Unde apparet, nec ex priori edicti clausula præscriptiones longiores rescindi, vid. *infra C.* 9. *N.* 9. Et nunquam certe sic esset litium finis, ac dominia in incerto, contra finem usucapionum & præscriptionum. Itaque placuit Augusto Electori Sax. *Nov. sua*, 9. *P.* 2. Ac recte probant Ant. Fab. ad *L.* 26. §. *ult. h. t.* Bronch 1. *Misc.* 30. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 10. *n.* 1. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 75. Pinel. *in auth. nisi tricennale. C. de bo. mat. n.* 58. Petr. Ancharan. *Cons.* 170. *n.* 3. Fachin 1. *Contr.* 69. Etsi contraria opinio receptior sit & usu obtinere dicatur, vid. Tessaur. *Decis.* 133. *& seq.* Io. Mohedan. *Decis.* 13. Vult. *Cons. Marpurg.* 92. *Vol.* 1. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *gl.* 4. *n.* 36. *& seqq.* Cagn. *in L.* 2. *C. de pact. int. empt. n.* 319. Io. Petr Surd *Decis.* 4. Covar. *in C. possessor de R. I. in* 6. *P.* 3. *relect.* §. 3. Mauric. *de Rest. in int. C.* 57. *& seqq.* Utrum tamen contra quadragenariam præscriptionem detur, magni est contentio, nec convenit quæ opinio sit communis, vid. Covar. *d. lo. n.* 2. Afflict. *Decis.* 37. *n.* 2. qui affirmativam communem vocat, & Mauric. *de Rest. C.* 58. sed contra in *Addit. ad d. Decis.* Io. Ang. Pisanell. & M. Ant. Pulverin. & Tessaur. *Decis.* 133. *n.* 6 *&* Rauden. *Decis. Pisana*, 11. *n.* 12. vid. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Rest. in int. Resol.* 1. Gravetta *de Antiq. tempor. p.* 4. §. *pen. n.* 44. *& seqq.*

amplius nobis traditum est, quam id quod exstat in *L.* 1. §. *ul. eod.* his verbis: *si id* [5] *actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem*, ubi non adiicitur, adversus quem detur hæc restitutio, & cuius rei nomine. Sed ipsum verbum restitutionis satis quid de utroque sentiendum sit, nos docet. Nam cum restitutio non fit nisi de re amissa, & ea repetenda ab eo, ad quem pervenit; vel hinc facile intelligi potest non adversus alium propositam esse hanc restitutionem, quam adversus pupillum, aut si qui sunt alii, qui lucrum ex eo contractu senserunt, qui modo rebus integris nobis tenerentur. Quod cum ita sit, non dubito hunc esse errorem, de quo scriptum est in *L.* 1. & *L.* 2. *D. de in int. rest.* etiam lapsis per iustum errorem sub titulo de in integrum restitutionibus subveniri, ut intelligamus scilicet errorem, non quemlibet, sed eum qui in re cum pupillo gesta obiectus est ab eo, qui falso tanquam tutor auctor factus est, cum tutor non esset. Certe non in alio errore prætorem pollicitum esse in integrum restitutionem legimus. Sed & de eo sensisse Ulpianum & Paulum in *d. L.* 1. & 2. *de in int. rest.* certe argumento est, quod ambo edictum illud de eo quod falso tutore auctore gestum est, in ea parte quæ est de in integrum restitutionibus, tanquam speciem eius generis a se initio propositam exposuerunt. Id indicant inscriptiones eorum fragmentorum, quæ utrique attribuuntur sub Titulo, *Quibus ex caussis maiores*; & sub Titulo, *Quod falso tutore auctore*. Sic enim sunt illæ inscriptiones, ut testentur omnia ea fragmenta sumpta esse ex libro Ulpiani & Pauli duodecimo ad edictum. Unde facile animadverti potest, quo libro illi exposuerunt edictum prætoris, quibus ex caussis maiores, eodem & edictum, Quod falso tutore auctore, continenter exposuisse. Prius autem illud ad restitutiones in integrum pertinere quis ignorat?

XII. Atque hæ caussæ sunt, quæ maioribus tribuunt in integrum restitutionem in iis, quæ fecerunt ipsi, quo quid amitterent. Has caussas non item recipit omissio nostra, per quam fit, ut aliquid iure de rebus nostris amittamus. Cuiusmodi amissio duabus his in caussis spectatur; in rebus nostris ab alio bona fide possessis, quarum usucapio non agentibus nobis a possessore impletur: & in actionibus temporalibus, quibus intra tempus constitutum non agendo facimus, ut die earum excunte finiantur. Adversus huius generis amissionem una res excusationem habet, eadem, quæ & parit in integrum restitutionem, si agere non potuimus prohibiti iusto aliquo impedimento naturæ: de quo genere cautum est ea parte edicti, quæ exstat in *L.* 1. *D. ex quib. caus. maior. in integ. rest.* estque id eius Tituli argumentum. Hoc impedimentum quadruplex est. Aut enim nascitur in nobis ipsis, aut obiicitur nobis ab adversario, aut a magistratu, aut a natura rerum: ac totidem ex caussis est in integrum restitutio proposita edicto superiore.

XIII. Nascitur in nobis ipsis hoc impedimentum, cum qui rem nostram usucapiebat, aut debitor qui temporali actione nobis tenebatur, in urbe fuit, nos absentes, ut propter absentiam agere non potuerimus cum præsente, & eo modo sive usucapionem, sive temporis præscriptionem interpellare. De hac specie est in clausula prima, eius edicti, extatque in *d. L.* 1. *quib. ex caus. maior.* Sed quod indicatur eadem clausula, ita est nobis ex hac caussa restitutio in integrum, si iusta nostra [6] absentia fuerit, non aliter. Iusta absentia, in hac re habetur, sive est necessaria, sive probabilis. De necessaria non dubitatur, de qua comprehensum est illa clausula. Cuiusmodi absentia est, cum [7] Reipublicæ caussa sine dolo malo absumus, puta legationis, aut mili-

5) Si actor falsum esse ignoravit *d. L.* 1. §. *ult. L.* 2. *d. t.* Odd. *P.* 1. *Q.* 22. *Art.* 2. Cuiac. 22. *Obs.* 20. nisi sciens a prætore compulsus sit *L.* 5. *d. t.* ubi ut hoc obiter, *tametsi* unica dictio est, ut & in *L.* 7. §. 3. *de usufr. accresc. L.* 7. §. 11. *ad SC. Maced.* & apud Cic. & alios vid. Cuiac. 1. *Obs.* 14. Muret. 11. *Var. Lect.* 17. Auson. Popma *de Usu antiq. locut. C.* 6. *pag.* 42. *Lib* 1. Quanvis Ræv. 5. *Var.* 9. velit *in dd. LL.* esse hypostigmen iteratæ dictionis, ut *in L.* 1. §. 2. *de extr. cog.* add. Hot. 2. *Amicab.* 14.

6) Absentiæ quatoor genera refert Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 5. (1) Necessaria & probabilis, ut legati & militis. (2) Probabilis & privilegiata, studiosi. (3) Probabilis & non privilegiata, mercatoris (4). Necessaria, sed improbata, ut relegati. Sed Bart. *in L. ultim. Cod. de restit. mil.* & Zas. *ad* §. *rursus* 6. *I. de act. n.* 3. Sneidvin. *ibid. n* 22. Arn. de Reiger. *Thesauro iuris* v. *absentia*. Mauric *h. t.* C. 133. (5) teicrunt. (1) Probabilis & necessaria; militiæ. (2) Probabilis tantum; studiorum (3): necessaria, non probabilis; relegationis: (4) voluntaria citra contumaciam; mercatoris: (5) voluntaria improbabilis; eorum qui contumaciter absunt. Oddus vero *P.* 1. *Quæst.* 5. *Art.* 7. ita: Alia est ordinaria ex domicilio alibi constituto, sicuti civis Lipsiensis ordinarie abest Friberga vel Magdeburgo. Et hæc non est caussa restitutionis, idem *Q.* 6. *Art.* 1. Alia extraordinaria quæ aut necessaria: & vel laude digna Reipublicæ caussa, &c. vel vitupeno relegati; vel indifferens ex. gr. capti a latronibus. Aut voluntaria, quæ itidem commendanda in studioso, vituperanda in contumaci, indifferens in mercatore.

7) Ne cui officium publicum damno sit *L.* 28. *h. t.* Unde absentium Reipublicæ caussa domum familiamque virorum illustrium fidei tutelæque solebant committere ut ex Cassiod. *Lib.* 10. Iac. Durant. Casell. 1. *Variar* 1. Neque indemnitatem hanc solum, sed & præmia plura labores pro Republica merentur, vid. Iac. Orloshausen. *certami-*

militiæ caussa: item cum in [8] vinculis sumus, servitute potestateve hostium, prædonumve. Quæ omnia cum in edicto essent, ordine exposita reperiuntur sub eodem Titulo a *L.* 1. *usque ad* 22. Huc pertinent illi Tituli Codicis in hoc argumento, De restitutione militum, & eorum qui Reipublicæ caussa absunt: item De uxoribus militum, & eorum qui Reipublicæ caussa absunt: item Quibus ex caussis maiores in integrum restituantur. Probabilis absentia est, & quæ ad restitutionem huius edicti non minus pertinet, si quis absit studiorum caussa. Putaturque hæc caussa satis suggeri postrema clausula superioris edicti, qua prætor ita cavet: *item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam*. L. sed & 26. [9] §. *ult.* & *L. necnon*. 28. in pr. *D. quib. ex caus. mai.* Quo exemplo etiam in hoc numero recte, ut puto, habebimus, si qui sunt, qui absint [10] mercaturæ, vel alicuius artificii honesti discendi caussa. Huius generis

taminis masculi fœminei ætis virili C. 27. Libo. a Bodenstein *Disquisit. Polit. Lib.* 2. *Cap.* 63. *& seqq.* Sed hæc ita si coacti absunt *L.* 36. *hoc tit.* non si data opera vel litis gratia *L.* 5. *hoc tit.* Ubi Duar. *ad L.* 7. §. *dolo de past. &* 1. *Disput.* 47. emendat & reponit *dicis gratia*, notatus a P. Fabro 2. *Semestr.* 20. qui recte interpretatur post Azonem *in Summa. C. de rest. mil. n.* 3. litis fugiendæ caussa, qui videlicet ut litem evitaret id affectavit ut peregre mitteretur. Quomodo Demosth. *τῆς δίκης ἕνεκα ἀπεῖναι*. Facit *L.* 1. *C. Qui mil. poss. Lib.* 12. Quando impedimentum non excuset quia affectatum, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 2. & Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 4. *n.* 29. Confer. Moller. 3. *Semestr.* 9. Sed magistratus qui Romæ reipublicæ caussa dant operam, ita non absunt. *L.* 5. §. *ult. L.* 6. *hoc tit.* scilicet ab ipsa Roma. Nam ratio dubitandi quia ob negotia Reipublicæ impendenda quo minus sua curent impediti, & ita animo abesse videntur. Nec dubitandum quin si provincialis Romæ gesserit magistratum & ea re damnum domi passus ad id restituendus sit per *L.* 35. §. 7. *h. t.* Idem igitur si magistratus in patria gerat, vel loco eo, quo res ipsius usucapiuntur, aut adversarius degit. Abesse autem intelligitur & is qui ab urbe profectus est, *licet nondum provinciam excesserit*. *L.* 32. *h. t.* Ubi non probanda correctio P. Fabri *ad L.* 140. *de R. I.* & 2. *Semestr.* 16. *p.* 258. & Cuiac. 11. *Obs.* 33. & Anton. Fab. *ad d. L.* 32. legentium: *provinciam accesserit*. Quia sensus sit *d. L.* 32. non tantum abesse dum ex urbe Roma it in provinciam, antequam eam ingressus: sed & dum ex ea redit in urbem, antequam portas intravit per *L. ult. de off. procons.* Quos notant Ræv. & Hippol. a Collib. *ad L.* 140. *de R. I.* & Lyclama 1. *Membran.* 10. Nam per urbem ibi metropolis accipi potest, ut Gothofredus ibidem, vel ea civitas, in qua quis degit. Et ratio dubitandi, quia præsentes alias in materia usucapionis, qui in eadem provincia, vid supr. *Lib.* 5. *Cap.* 19. *N.* 2. Et hoc exempla declarant. In *d. L.* 32. ad ærarium, vel in commentarium principis delatos exponit Ræv. *ad L.* 191. *de R. I.* qui ea intentione ut iis ex ærario populi vel fisco principis annua darentur, Frontin. *Lib.* 2. *de Aquæductib.* add. Perrenon. 2. *Animadvers.* 26. Caussæ quibus quis ita abesse censetur, passim *hoc tit.* quas congessit Mauric. *Cap.* 351. add. Odd. *P.* 1. *Quæst.* 6. *Art.* 10. *& seq.* Inter eas & caussa militiæ *L.* 7. *L.* 28. §. *ult. L.* 33. §. *ult. L.* 34. *& seq. L.* 40. *L. pen. h. tit. & t. Cod. de rest. mil. & ne tit. seq. de uxor. mil.* Etsi Romæ militent *L.* 7. *h. t.* quod in his peculiare, quia rebus suis superesse non possunt; Baro *ad d. L.* 7. vel quia nulla consistendi spes certa. Nam si alio proficisci iubeantur, parere coguntur. Nec ibi quis esse intelligitur, ubi ad tempus tantum vel casu reperitur *L.* 44. *L.* 87. *L.* 79. §. 1. *de L.* 3. Anton. Fab. *ad d. L.* 7. Neque enim sola militia restitutioni caussam dat, sed & occupatio in expeditionibus *L. ult. C. de restit. mil.* Idem igitur, etsi domi suæ militent sub incerto mansionis, abitum in dies expectantes. Odd. *P.* 1. *Quæst.* 6. *Art.* 4. Aliud si commeatu excepto *L.* 34. *h. tit. L.* 1. *de re mil.* Quamquam hic dum domum vadit, aut redit pro absente est *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Commeatus enim duo tempora continent eundi & redeundi, Ræv. *ad L.* 140. *de R. I.* De in integrum restitutione militum, quibus & quando competat, nec non: ut eorum uxoribus maritos comitantibus, itemque famulis, medicis (de quib. *L.* 33. §. *ult. h. tit.*) lixis, &c. detur vid. Maur. *C.* 334. *& seq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 6. *Art.* 2. *& seq.* Mudæ. *ad. t. C. de rest. mil.* Claud. Coreræ. *Lt.* 2. *de iure mil. C.* 10. Georg. Acac. Enenkel. 2. *de Priv. mil.* 4. De restitutione Commissarii ex caussa absentiæ Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 7. *C.* 11.

8) Etsi corpori vincula non adhibita ut si lautumiis inclusus *L.* 9. *h. t.* Lautumiæ sunt loca lapidibus cæsis excisa, in quæ noxii damnari solebant, quæ & latumiæ & latomiæ eodem sensu, vid. Turneb. *in Var. de Ling. Lat. f.* 290. Taubman. *in not. ad Plauti Pœnul. Act.* 4. *Sc.* 2. Phil. Broidæ *in Supplem hist. fori Polleti Lib.* 5. *Cap.* 14. Val. Guil. Forster. 1. *Observ. Succis.* 20. Nam hic interpretatio latior ex mente edicti, cum non minus agere impediatur. Alias secus *L.* 216. *de V. S.* ubi Cuiac. Mercer. *in Conciliatore pag. m* 728. Langlæ. 8. *Semestr.* 5. *pag.* 519. Quin imo hic & qui sub fideiussorum satisdatione est, restituitur *L.* 28. §. 1. *hoc titul.* ut si quis promisit non recedere a loco quo sisti iussus est, ac fideiussorem dedit eo nomine, & uterque ad pœnam obligatus est. Duar. *ad hoc titul. D. f.* 126. Idem est si metu iusto absit *L.* 2. *L.* 3. *hoc titul.* aut ea caussa pestis Mauric. *Cap.* 367. aut infirmitate impeditus *L.* 38. *in fin. hoc titul* aliisve, quæ casu contingunt ibidem. Exempla habet Mauric. *Cap.* 368. Odd. *P.* 1. *Q.* 14. *Articul.* 1. Et denique quoties ex necessitate quis abest, ei subvenitur, si non ex priori edicti clausula, saltem ex postrema *L.* 26. § *ult. h. tit.* Ut & relegato ea caussa succurratur *d. L.* 26. §. 1. cum scilicet imputari ei nequit, cur per Procuratorem non egerit. Et sic accipi debet *L.* 40. §. 1. *h. t.* Nec recte Pac. 3. *Q.* 11. ut cum ea conciliet *L.* 20. *de minor.* aliam esse caussam restitutionis, quæ fit ordinario iure; aliam, quæ prætoria cognitione *d. L.* 20. *de minor.* Nam imo utraque fit prætoria cognitione. Et idem quod *d. L.* 20 habetur *d. L.* 26. §. 1. Nisi dicas distinguendum esse exulem, id est deportatum *d. L.* 20. a relegato. *d. L.* 26. Sicuti non desunt qui deportato & qui hodie in eius locum successit, bannito restitutionem ex hac caussa negant, referente & reprobante Oddo *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 3. Atqui utut exul non alius intelligi possit quam deportatus, quod controverti potest, nam de relegato accipit Ant. Fab. *ibidem*, apparet tamen ex *d. L.* 20. *in fin pr.* illic prorogationem temporis non impediri delicto, aut irrogatione pœnæ, sed propter experiundi facultatem, quam absens habuit, eamde quod per Procuratorem agere potuit. Aliter enim cessante illa facultate, non obstante irrogatione pœnæ, prorogatio obtineri potuisset a reverso, & restituto, macula delicti abstersa, beneficio restitutionis in integrum. Et hoc est quod Ulpianus *ibid.* rationem alteram Papiniani carpit quæ vere impertinens. Tametsi Marq. Freher. 1. *Parerg.* 23. iniuste Papinianum notari contendat: cum non *propter delictum* scripserit, sed *propter pœnam*. Nec tam ad indignitatem delicti respexerit, quam sententiæ pœnalis tenorem, quæ absentem eum fecerat. Quæ refellit Elb. Leonin 6. *Emend.* 15. Requirit autem hæc restitutio (1) absentiam. (2) Damnum ex ea ipsa contingens. Cessat si idem præsens passurus *L.* 44. *h. tit.* Quod probe notandum videtur. Nam si antequam abiret ignoravit rem suam esse, quæ ab alio possidebatur; si reversus impleta usucapione ita rescisceat; ut tamen appareat, non priorem illius rei notitiam consecuturum fuisse, etsi semper adfuisset, restitutionem negari consequens erit.

9) Sed in *d.* § *ult.* vocula *cognitionis* aliud significat scilicet cognitionem Principis, ut in *L. ult.* §. 1. *Quod met. cu.* Goth. & Ant. Fab *in d.* §. *ult.* De restitutione ea caussa studiorum pluribus Mauric. *C.* 340. *& C.* 366, (Ubi contra bonorum distractionem, iudicis decreto sub hasta, restitutionem concedit) Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 14. Rebuff. *Privil. schol.* 119. Horat. Lutius *Priv. schol.* 11. *& Priv.* 77. *item* 96. *&* 4. *seqq.*

10) Si utilem publice negociationem exerceat Baro ad *L.* 28. *hoc tit.* Et Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Artic.* 15. *hoc ad.* mer-

neris est, nec minus ad hanc partem referri debere videtur illa absentia, propter quam adversus rem iudicatam tribuitur litigatori in integrum restitutio in *L. Divus pen. D.* De quo illic ita scriptum est: *etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est:* itaque si citatus non respondit, & ob hoc more solito pronuntiatum est (intellige adversus absentem citatum) confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce præconis defuisse: ideoque restitui potest. Probabilis ergo hæc absentia est, cui existimatur infirmitas auditus caussam dedisse, & fecisse, quominus is contra quem pronuntiatum est, adesset pro tribunali, & coram iura sua allegaret, quibus consequi poterat, ut iudicem moveret, ne ita pronuntiaret, ut fecit. Et ea gratia nunc in integrum restitutionem postulat, ut sententia revocata id sibi facere liceat, & novam tum cognitionem, tum sententiam de eadem re impetrare.

XIV. Illud circa hanc absentiam nostram, qua ipsi læsi sumus, præcipiendum videtur, si quis coactus sit repente abesse, aut nihil suspicans casu inciderit in hostes aut latrones; ita ut de rerum suarum cura alii committenda cogitare non deberet, aut cogitans idoneum procuratorem sibi prospicere non posset, quem domi relinqueret, huic omnimodo [21] ob necessariam absentiam succurrendum, nec nocere debere, quod domi procuratorem non habuerit, per quem posset. Et certe primæ clausulæ edicti verba de iis, qui necessariis istis absentiis abesse coguntur, ita concepta sunt, ut iis qui ex his caussis absunt, sine ulla exceptione in integrum restitutionem tribuant. Quod si voluntaria absentia fuerit, aut ante prævisa & cogitata, qualis est quæ suscipitur studiorum caussa, aut relegatorum; imputari absentibus potest, si cum scirent se absfuturos, & satis temporis haberent ante profectionem ad res suas constituendas, domi procuratorem non reliquerint, per quem agere possent. Ideo & de relegato qui potuit procuratorem relinquere, nec reliquit, scriptum est in *L. sed etsi, §. 1. D. quib. ex cauſ. maio.* non esse huic restitutionem concedendam. Quod & in eo qui studiorum caussa aberit, admittendum est, tanto magis, quod voluntaria huius absentia est, relegati necessaria. Plane si hi procuratorem reliquerint, & is non egerit, aut interim defunctus sit; tum æquum est illis succurri, quibus iam nihil est, quod imputari possit, quod per se aut per alios non egerint. Idque in persona eius, qui studiorum caussa abest, satis significatur in *L. nec non*, in pr. *D. eod.* cum dicitur subveniri ei debere, & adiicitur, *forte procuratore eius defuncto.*

XV.

mercatores restringit, qui peregre asportatum merces civitati suæ utiles abeunt, terra marique se periculis multis obiicientes. Aliud in propolis & infimis negociatoribus, nulli se periculo exponentibus, sed tantum lucello vacantibus. Aliter Oldendorp. *Progym. Claſſ.* 6. *Act.* 9. indistincte mercatoribus restitutionem denegans argum. *L.* 42. *hoc tit.* Confer de mercaturæ usu ac necessitate P. Greg. 4. *de rep.* 7. Hippol. a Collib. *in principe Cap.* 30. Tiraq. *de Nobil. Cap.* 33.

21) Favor enim Reipublicæ suadet, ut plenius prospiceretur legatis & qui Reipublicæ caussa absunt, sive Procuratorem reliquerint, sive non *L.* 26. §. *ultim. hoc tit.* tum ut facilius inveniantur, qui id suscipiant, Duar. *ad hoc tit. D. f.* 126. Sich. ad *L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 12. *&* *seqq.* tum quia non est quod illis imputetur. Cum ignoscendum sit Reipublicæ caussa abituro, si eo tempore de tractandis potius publicis negociis commissis, quam rebus suis in tuto collocandis, cogitavit. Ant. Fab. ad *L.* 28. *pr. hoc tit.* Aliis autem imputatur, quod non reliquerint Procuratorem, cum propter factum suum, aut ultro in rem suam absfutori, de rebus suis componendis, ante discessum cogitare debuerint. Ant. Fab. *d. loc.* Obiic. *L.* 39. *hoc tit.* Resp. Cuiac. 19. *Obſ.* 14. post Theodorum interpretem Græcum distinguens inter legatum Reipublicæ *d. L.* 39. qui a solo Principe mittitur & civitatis *d. L.* 26. §. *ult.* qui cum communi civium decreto creatus sit, non potest, ait, quisquam ex absentia eius captare lucrum sive Procuratorem reliquerit, sive non, quia per omnes factum est, ut abesset in rem omnium. Quæ distinctio non placet. Cuius prius membrum ex modo dictis convellitur. Aliter Ant. Fab. ad *d. L.* 26. §. *ult. h. tit.* & Pac. 3. *Q.* 10. Si Procuratorem reliquit, non restitui *d. L.* 39. scilicet si & Procurator potuit defendere, quia tum actione mandati contra Procuratorem indemnis servatur. Restitui autem, etsi habuit Procuratorem *d. L.* 26. §. *ult.* si is, vel non potuit defendere, aut si potuit quidem, sed actio mandati inanis per *L.* 5. *&* 6. *de dolo. et recte.* Tametsi Duar. *ad h. t. D. f.* 126 accipiat *d. L.* 39. quia verba sint ambigua, non de restitutione absentis, sed alterius illius absentia læsi. Ut sensus sit. Si qui Reipublicæ caussa abest, reliquit Procuratorem, tunc non auditur qui contra eum vult restitui ex 2. edicti parte. Quia is potuit convenire Procuratorem relictum *L.* 22. *h. t.* Enimvero & ei qui Procuratorem potuit relinquere, ex caussa succurritur: *L.* 26. §. 1. *h. t.* si scilicet gravis caussa præsentiam domini requirens, nec aliis facile commendanda, Duar. *d. lo.* Plane & qui per Procuratorem defensus, restituitur ad appellandum *L. ult. de in int. restit.* quod Sich. ad *L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 12. intelligit excusso prius Procuratore per *L.* 1. §. *ult. Quand. app.* Quod vix admittendum. Sed etsi Procurator relicta culpa non defendit, vel non legitime, vult Sich. excusso prius eo restitutionem dari ad appellandum *d. L. ult.* Quod si fato impeditus vel mortuus: ad totam caussam *L.* 28. *pr. h. t.* Plenius & exactius hac de re Sfort. Oddus *P.* 1. *Q.* 29 *& seq.* Unum hoc moneo in caussa studiorum restitutionem, non inde negandam videri, quod Procurator non relictus, etsi ita Donellus noster, item Sich. *d. loc.* & alii. Nam, ut & animadvertit Odd. *d. Q.* 30. *Art.* 3. *n.* 51. & Harprech. *in §.* 5. *I. de iis per quos agere n.* 69. *ac seqq.* ratio restitutionis in *L.* 28. *pr. h. t.* non in eo quod Procurator mortuus, sed ne decipiatur, &c. Et verba illa *forte procuratore &c.* exemplum læsionis continent. Nec ex iis restitutionem restringere, aut a contrario sensu arguere, vis voculæ *forte*, permittit. Accedit quod non minor studiorum favor, quam militiæ. Quodque studiosis privilegia eadem, quæ absentibus caussa sui principis, vel universitatis per *C. ad audientiam de cler. non resid.* Odd. *P.* 1. *Q.* 7. *Art.* 14. *n.* 128.

XV. Ab adversario eiusdem generis impedimentum est cum e converso nos in urbe sumus, ille autem qui rem nostram usucapiebat, aut debitor noster abest, ut nihilomagis agere possimus cum absente, quam ante absentes cum præsente agere potuimus. Ex hac caussa & adversus utrumque in integrum restitutio est; adversus priorem re nostra ab absente usucapta; adversus debitorem, eo cum per eius absentiam actionis dies exiisset, interim liberato. De hac specie cautum est eodem edicto de maioribus clausula secunda. *d. L.* 1. *eod. tit.* Neque hic cum adversus absentem nobis succurritur, spectamus, [12] qualis fuerit eius absentia, necessaria, an voluntaria, ut fit tunc, cum ex priore clausula succurritur absentibus. Adversus quos absentes ex hac parte in integrum restitutio est; ea proposita est adversus absentes omnes, qui non defenduntur, ut est in *L. item*, §. 1. *D. quib. ex cau. mai.* Et merito. Nam si ne iusta quidem absentia absenti prodesse potest, ut nobis noceat: multo minus prodesse debebit, quæ nullam probabilem caussam habet; puta malitiosa, aut nihil nisi animi caussa suscepta. Sed hæc conditio hac parte adiicitur, si is qui per absentiam suam quid consecutus est, ita consecutus sit, dum absens non defenderetur. *d. L.* 1. *eod.* Quo intelligimus significari in summa id, quod de hac defensione fusius scriptum est in *L. item*, §. *pen.* & *ult.* item in *L. ergo*, seq. *D. eod.* non solum ex hac parte restitutionem in integrum adversus absentem locum non habere, si absentis procurator aut amicus ultro extitit, qui paratus esset absentem defendere, si nos agere vellemus: sed ne sic quidem locum habere aliter, quam si amici absentis requisiti interrogati fuerint, an defendant, aut nemo fuerit, qui posset interrogari: denique ita absentem non defendi videri, si adversus eum acturi ultro interpellemus amicos, nec quisquam se offerat defensioni, idque [13] testatione complecti oportet.

XVI. Eiusdem generis impedimentum est ab adversario, cum heres per aliquod tempus ea caussa fuit, ut cum eo interim agi non posset, & per id tempus actionis dies exiit. Id accidit, cum heres aliquis scriptus est, emancipato præterito. Quandiu enim pendet, an emancipatus bonorum possessionem petat, cum neutro agi utiliter potest. Itaque si interim actio finita est, restituetur, finge hoc modo: creditor cum herede scripto egit, & ideo summotus est, quod tabulæ testamenti in ea caussa essent, ut contra eas emancipato præterito bonorum possessio dari posset. Iure hac exceptione summoveri placet; quia quandiu bonorum possessio contra tabulas filio dari potest, heres quodammodo debitor non est: sic interim actionem finitam esse, post deinde emancipatum omittere bonorum possessionem. *Non inique*, inquit Iulianus, *postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem*. L. qui cum herede, *D. de oblig.* & *action.* hic vero restitutio ad hanc partem pertinet. Sed est huius restitutionis caussa eiusmodi, ut quanvis emancipatus postea bonorum possessionem petat, non minus adversus eum actio restitui debeat creditori: quoniam & hic per emancipatum factum sit, quominus cum eo agi posset.

XVII. A magistratu idem agendi impedimentum nobis obiicitur, si aut magistratus copia non fuit, aut is ius non dixit, aut per dilationes eius effectum est ut actio eximeretur. Qua ex caussa & proposita in integrum restitutio est tertia clausula eiusdem edicti *d. L.* 1. *eod.* explicaturque ad istam sententiam, quam dixi in [14] *L. sed etsi*, § *ait.* 4. *D. eod.* Plane si solemnes feriæ fuerint, quanvis per eas ius dici non soleat, tamen nihil hæ nobis proderunt ad restitutionem, quasi per eas agere non potuerimus. Culpa enim nostra est, quod ante non egimus, cum sciremus futuras. Quod cum non item nobis obiici possit in feriis, quæ indicantur extra ordinem, merito [15] placuit,

12) Ant. Fab ad *d L.* 21. *pr.* non hic favor absentiæ ut in priori parte caussam dat restitutioni; sed odium absentis, qui non defenditur, add. Zas. *ad* §. 5. *I de act.* *n.* 15. Odd *P* 1 *Q.* 5. *Art* 5. Et restituitur quoque absens contra absentem eodem genere absentiæ *L. ult. hoc tit.* Nec obstat quod uterque videtur privilegiatus. Neque enim nuda absentia dat restitutionem, sed cum læsione coniuncta *L.* 19 *hoc tit.* & ita alter solus privilegiatus Ant. Fab. *ibid.* Duar. *h. t. f* 128. *& seq.* Hodie ex quo inventa ratio, ne absentia rei noceat actori, & ut ius illæsum maneat, nec præscriptio curral, si servetur forma præscripta; *l.* 2. *C. de ann except* quæ nova constitutio est, non facile aliquem propter absentiam alterius restituendum monet Duar. *d. loc. f.* 129

13) De protestatione, quando necessaria, quando item utilis agere impedito, fuse Odd. *P.* 1. *Quæst.* 28. ac in universum de protestationum usu vi & potestate Menoch. *Arb Cap.* 461. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 121. *& seqq.* Wes. *Cons.* 4. *n.* 99. *& Cons* 6 *n* 8. *& n.* 22. *cum seq.* ac *Cons.* 43. *n.* 163 *ac seq.* Randens *Decis. Pisana* 12. *n.* 70. *& seq.* Io Meichsner *Tomo* 3. *Decis. Cam* 32 *ac* Nigrin. *Tr de Protestationibus*. Hering *de Fideiuss. Cap.* 20. §. 34.

14) Non si denegavit actionem caussa cognita *d.* §. 4. Quis tunc appellare debuit; Baro *ibid* Unde aliud statuit si appellare non potuerit Odd. *P.* 1 *Quæst.* 11 *Art.* 6. qui & vid. *d. Quæst.* 13 tota & Mauric. *Cap.* 354. *& seq.*

15) Vid Odd *P.* 1. *Quæst* 14. *Art.* 3. Mauric. *Cap.* 356. qui notat aliquando usui hoc litigantis eripere posse, & indemnem præstare eum, qui alias damnum sentiret, veluti si probationem expeditam non habuisse, &c.

cuit, si propterea magistratus ius non dixit, & interim actio exempta est, etiam ex hac caussa restitutioni locum esse: hoc in *d. L. sed etsi*, §. *si feria*, *eod.*

XVIII. A rerum natura obiicitur nobis hoc idem impedimentum in aquæ ductibus, si cum puta, ex aliquo fonte aquam ducerem per vicini fundum constituta eius rei servitute, fons unde ducebam, exaruerit. Finge exaruisse per totum constitutum tempus, quæ servitutes non utendo amitti solent. Eodem tempore eveniet, ut & servitus non utendo mihi amissa sit, & amittendi caussa hæc esse intelligatur, quod per rerum naturam ea uti, aut de ea agere non possem, si vellem. Finge postea fontem ad suas venas rediisse, & ex eo aquam fluere cœpisse, ut iam per rerum naturam aquam ducere possim, quam prius non poteram. An cum natura etiam mihi aquæductus rediit? Iure non potest. Semel enim amissus non potest amplius invito vicino revocari. *argu. in L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg. 2. L. si res*, §. *aream*, *D. de sol.* Et hoc ita est summo iure: sed [16] placuit ex hac caussa esse in integrum restitutionem, ut quod ius non negligentia aut culpa mea amisi, sed quia ducere non poteram, id mihi restituatur: de quo exstat elegans rescriptum in *L. & Attilicinus*, *D. de ser. rust. præd.* Ducitur autem in integrum restitutio ex illa clausula ultima superioris edicti; *Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur*, *in integrum restituam.* Hæc enim iustissima restitutionis caussa est, quam modo dixi: certe eiusdem æquitatis, cuius superiores, cum non idem impedimentum tantum retinendi iuris nostri habeat, sed etiam multo gravius, ut cui non magis resisti possit, quam naturæ ipsi, a quo est impedimentum.

XIX. Iam in hac specie restitutionis, postquam intelligimus, cui quibus ex caussis competat, quam reliqua restitutionis expedita sint, paucis consideremus, illa dico, adversus quem competat, qua de re, cuius rei obtinendæ caussa. Et cum in hac parte restitutio in integrum constituta sit ob rem nostram usucapione aut non utendo amissam, item ob debitorem nostrum tempore liberatum: necesse est sit nobis restitutionis persecutio adversus eum, qui rem usucaptam possidet; de ea ipsa re; ob finem hunc, ut nobis vetus actio nostra restituatur & una cum actione res ipsa. Aut si agitur de debitore liberato, agitur de actione amissa, adversus hunc ipsum debitorem, idque ut recipiat in se veterem obligationem: id est, ut idem iterum promittatur ab eo, aut, si velimus, ut pecunia solvatur, aut restituta obligatione iudicium ab eo accipiatur: quæ omnia & in re metu amissa in integrum restituenda locum habent. *L. metum*, 9. §. *volenti*, §. *ex hoc edicto*, *D. quod met. cau.* Hic autem vetus actio in rem, quæ rescissa usucapione competit, ex re dicitur rescissoria: de qua agitur in §. *rursus*, *inst. de act.* ubi plura de hoc genere scripsimus.

XX. Casus superest, quo sæpe actio nobis amittitur & invitis & ignorantibus. In hoc [17] casu quam minimum loci relinquitur in integrum restitutioni, atque adeo, ut nunc ius est, una specie excepta puto nihil relinqui. Id ex partibus huius generis amissionis intelligetur. Quidquid casu nobis amittitur, aut a re debita is casus incidit, aut a persona seu nostra, seu nostri debitoris. A re debita is casus incidit, cum ea in rerum natura esse desiit. Quisquis eius interitus exitus est, nulla adversus eam amissionem locum habet in integrum restitutio. Nam si res sine culpa debitoris periit, liberatur quidem eo casu debitor, atque hoc modo nobis actio amittitur: sed ita, ut cum hæc liberatio optimo iure, & ratione naturali contingat, nulla æquitatis ratio adversus eam admittat in integrum restitutionem. Itaque hic etiam ulli restitutioni locum esse inauditum est *L. si ex legati*, *D. de verb. oblig.* Quod si res periit aut culpa debitoris, aut post eius moram, quæ & ipsa species est culpæ; iam hic non liberatur debitor, sed perinde ut ante tam tenetur nobis, quam si res exstaret, culpa eius obligationem perpetuante *d. L. si ex legati*. *L. nemo*. §. 1. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* Quod si ita est, multo minus hic nobis esse possit in integrum restitutio in ea re, quæ non est amissa, sed integra servatur. *L. 2. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.*

XXI. A persona ut casu sine ullo facto nostro nobis amittatur actio, dupliciter contingit: partim capitis deminutione per-

16) Vid. Conna. 0. *Com.* 12. *n.* 1. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6. *n.* 147. & 3. *seqq* Oddus *P.* 1. *Quæst.* 14. *Art.* 5.

17) Potest & casus extrinsecus accedere, qui si caussam absentiæ vel impedimenti agendi præstet, restitutio inde *L.* 38. *in fin. ex quibus caus. mai* Et sic casus quandoque restitutionem ex hoc edicto præbet, etsi non præbeat ex edicto de minoribus, quia per eum non læditur ut minor, vid. Odd. *P.* 1. *Quæst.* 14. *Art.* 1.

personæ postea secuta; partim conditione personæ intercessoris, in quem veterem actionem per novationem transtulimus, cum is iure obligari utiliter non posset. Capitis deminutione postea secuta hæc amissio incidit, cum persona capite minuitur, vel nostra, quibus debebatur, vel debitoris nostri, qui eo facto liberatus est. Ac de eo casu prius videamus. Est autem capitis minutio prioris status mutatio *L. 1. D. de cap. min.* Per hanc mutationem status incidere homines in captionem, & prætorem sub Titulo de in integrum restitutionibus ex hac caussa subvenire lapsis, nempe per in integrum restitutionem, quod eius Tituli argumentum est, traditur in *L. 1. & 2. D. de in int. rest.* Sed sciamus etiam olim ex hac caussa restitutionem in integrum angustis admodum finibus conclusam fuisse, atque adeo vix bene in una specie ex innumeris huius generis locum habuisse, in qua & ipsa nunc sublata est. Percurramus breviter huius generis species, tum id ita esse ratio & ius cuiusque facile indicabit. Ac primum proponamus animo, quod natura ipsa suggerit, omnem status mutationem, quam capitis minutionem vocamus, aut in persona creditoris contingere, aut in persona debitoris. Si creditor capite minuitur, sane is, quæcunque capitis mutatio inciderit (sunt autem genera nota, de quibus in *L. ult. D. de cap. min. Inst. eod.* & nos supra in statu personarum diximus) quæcunque, inquam, capitis minutio hæc erit, is actionem amittit, si quam prius habuit: sed ex nulla harum competit iure in integrum restitutio ad recipiendam amissam actionem. Sit capitis deminutio maxima, qua ex libero servus factus sit. Si id contigit iudicis sententia, ut olim accidebat iis, qui damnabantur in metallum, aut ad gladium, aut ad bestias, & servi pœnæ dicebantur: ita damnati bona publicantur, id est, rediguntur in fiscum. *L. 1. D. de bon. dam.* Proinde & damnati actiones: nam & hæ sunt pars bonorum. *L. bonorum, D. de verbor. signif.* Si inter privatos accidit ideo, quia aut quis se venundari passus est, aut libertus ingratus ob ingratitudinem revocatus est in servitutem a patrono: servi huius bona eodem momento ad dominum transeunt; in quibus sunt & actiones, si quæ ante eius fuerunt. Servus enim nihil suum habere potest, sed quidquid ab illo est, omne domino acquiritur. *§. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Sit media capitis deminutio, qua libertate salva civitas amittitur, quod contingit deportatis in insulam. Huius quoque ita damnati publicantur bona: in quibus & actiones. *d. L. 1. D. de bon. dam.* Sit capitis deminutio minima, qua libertate & civitate salva tantum familia mutatur: huius eundem exitum in arrogatione agnoscas. Qui dat se arrogandum, is, inquit Papinianus, *cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transfert.* L. pen. *§. ult. D. de bon. poss. secun. tab.* Multo magis in emancipatione, si in ea servilis conditio intervenit, ut olim. De quo mox in persona debitoris. Hoc ergo dicimus, quacumque ex his capitis deminutione factum sit, ut creditor actionem quam prius habuit, in alium translatam amitteret, nullam ei propositam esse in integrum restitutionem ad actionem amissam recuperandam. Nam si ob delictum suum capite minutus est, iure delicti sui pœnam luit, iure bonorum suorum amissione plectitur. Adversus quam ideo nulla esse potest in integrum restitutio capite minuto: quia alioquin nulla esset amissio bonorum, quæ per in integrum restitutionem recipere liceret: nulla pœna, quam hoc modo restitutio infringeret. Recte enim dictum est, neminem re exclusum videri, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, D. de rest. in int.* Quod si creditor capite minutus est sua voluntate, dum aut se vendi passus est, aut se arrogandum dedit, ideo restitutionem in integrum de rebus amissis postulare non potest, quia se his sua [18] voluntate abdicavit, placetque remittentibus actiones suas regressum non esse dandum, cum liceat unicuique voluntate sua conditionem suam deteriorem facere. *L. queritur, §. penult. D. de æd. ed. L. pactum, D. de pact.* Neque huius rei argumentum esse potest certius, quam quod prætor in edicto de iis, qui capite minuti sunt, quod exstat in *L. 2. D. de cap. minut.* non pollicetur se capite minutis actionem daturum, sed adversus eos.

XXII. Iam de debitore capite minuto videamus. Liberetur is per status minutionem, atque hoc modo vel inviti actionem, qua nobis tenebatur, amittamus. Ne hic quidem nobis etiam olim adversus eam amissionem fuit in integrum restitu-

18) Favor enim edicti est ne alterius facto alteri ignoranti actio adimeretur, cum non possit creditor prohibere, quo minus capite minuatur debitor. Unde & ubi suo facto proprio ademit sibi actionem, hoc edicto non iuvatur, ut *L. 2. §. pen. h. tit.*

stitutio, nisi perexigua, utpote una in specie ex innumeris. Nam primum hæc restitutio ad maximam & mediam capitis deminutionem non pertinuit. Atqui si quis debitor libertatem amittat, dum aut damnatione efficitur servus pœnæ, aut se venundari patitur, aut propter ingratitudinem revocatur in servitutem, quæ maxima capitis deminutio est: is continuo obligatione liberatur, quoniam cum servis iure civili nulla actio est. *L. servi, D. de obligation. & action.* Eadem conditio est eius, qui deportatione civitatem amisit, in quo est media capitis deminutio. Nam & deportati civitate amissa pro mortuis habentur: *L. 1. §. pen. D. de bon. poss. con. tab.* & iidem bonis publicatione amissis habere desierunt, cuius nomine convenirentur: Sed, ut dixi, adversus hos nulla est nobis in integrum restitutio, neque ad eos edictum de capite minutis pertinet, inquit Ulpianus in *L. 2.* in princ. *D. de cap. minut.* duabus id quidem de caussis. Hac potissimum, quod non est istorum cadem conditio personæ, ut adversus eos esse possit nlla actio. Quam rationem reddit Paulus in *L. tutelas, §. ul. D.* eod. *Nam adversus servum*, inquit, *nulli restitutioni locus est: quia nec prætoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit. Cum autem civitas amissa est, nulla restitutionis æquitas est adversus eum, qui amissis bonis & civitate relicta nudus exulat.* Altera caussa est, quod ex his capitis deminutionibus, quanvis liberetur debitor, qui capite minutus est, ut ab hoc etiam nobis actio amittatur: non tamen simpliciter nobis actio amittitur. Nam publicatis bonis fiscus quodammodo in damnati tanquam in demortui locum succedit, & tanquam successor creditoribus eius tenetur. *L. 2. C. ad leg. Iul. de vi.* Bonis autem ad privatum dominum translatis, non minus & hic tanquam successor habetur. Ideo & hos conveniri posse placuit. *d. L. tutelas, §. ult. D. de cap. min.* Adversus quos si nobis actio integra est, non magis restitutioni in integrum locus esse potest, quam si debitore in civitate mortuo res ad heredes eius pervenisset. Atqui edictum de capite minutis ita conceptum est, ut generaliter polliceatur prætor se actionem daturum adversus eos, qui postquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti esse dicentur. Porro nulli magis dicendi sunt capite minuti, quam quibus maxima vel media capitis deminutio contigit. Sed edictum sic accipiendum est, ut prætor polliceatur actionem adversus eos, qui capite deminuti sunt, si modo ii sint, adversus quos conditione personæ ulla esse possit actio: quo in numero non sunt servi, neque ii qui amissis publicatione bonis nudi exsulant, ut ante dixi, quæque Pauli ratio esse videtur in *d. L. tutelas, §. ult. de cap. min.* Restat capitis deminutio minima debitoris. Hæc aut arrogatione eius contingit, aut eius emancipatione. Arrogatione, cum qui sui iuris erat, se arrogandum dando in alienam potestatem transiit. Emancipatione, cum qui erat in patris potestate, ab eo manumissus est. De arrogato sic statuendum est [19] neminem arrogatione liberari ea obligatione qua prius cum sui iuris esset, nobis tenebatur: ideo nullam hic nobis in integrum restitutionem adversus eum esse posse, ubi nihil est amissum, quod restituatur. Nam si filiusfamilias tum, cum adhuc est filiusfamilias, si quid gesserit, contraxerit, deliquerit, ex omnibus caussis non minus obligatur, quam paterfamilias: *L filiusfamilias, D. de obl. & act. L. tam ex contractibus, D. de iud.* multo magis si quis cum esset paterfamilias, obligatus fuerit, deinde mutato statu filiusfamilias esse cœperit arrogatione, vetus actio quæ adversus eum fuerat, manebit; facilius enim impeditur quid ab initio, ne fiat, quam iam factum dissolvitur. *L. patre, D. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Quocirca ex omnibus capitis deminutionibus superest una debitoris nostri filiifamilias emancipatio, quæ ut emancipatum liberet, ita admittere possit in integrum restitutionem, si modo eum liberet. Et vero, ut olim ius fuit, liberavit. Neque hoc mirum videatur arrogatione non liberari eum, qui arrogatus incipiat esse filiusfamilias: emancipatione autem eum liberari, qui contra incipiat esse sui iuris, quo in statu liberiorem factum æquum erat multo magis conveniri posse. Nam in arrogatione præter mutationem familiæ nihil intervenit: in emancipatione Inter-

19) Non placet. Nam eum actio antea fuerit efficax, obligatio contracta cum homine sui iuris, si maxime demus obligationem arrogatione non perimi, quod dandum non est, vid. Gœd. *ad L. 20. de V. S. n. 2.* tamen inanis fiet bonis omnibus in arrogantem translatis. Et certe *L. 2. pen. h. t.* probat x contrario restitui ex hoc edicto creditoribus omnibus actionem præterquam ipsi arrogatori. Et recte Anton. Fab. *ad L. 7. §. 3. hoc tit.* restitui hie actiones contra arrogatum propter personam, quæ per arrogationem & familiæ mutationem alia facta videtur, Et restitui ita, ut non solum agi contra eum possit, dilata executione in tempus, quo sui iuris erit: sed ut possit statim executio fieri in bona arrogatoris ea quæ habuit ab arrogato, nisi eum in solidum defendere paratus sit, arg *d. L. 7. § 2.* Alias deterior fieret conditio creditoris sine eius culpa.

intervenïebat emancipati imaginaria servitus. Emancipari, inquit Paulus nemo potest nisi in imaginariam servilem conditionem deductus. *L.* 3. *§.* 1. *D. de cap. min.* quod ex eo accidebat, quod emancipatio constabat imaginariis venditionibus & mancipationibus filiifamilias, quibus is in servitutem emptori mancipabatur. *§. præterea, Instit. quib. mod. ius pat. potes. solution.* Servi autem iure civili non obligantur. Sed hoc ex [20] contractibus: nam delictis obligantur, & si manumittantur, obligati remanent. *L. servi, D. de obligationib. & actionib.* Hinc eveniebat, ut nemo etiam olim capitis minutione delictis exueretur, sed actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambularent, ut veteres loquuntur: *L.* 2. *§. ult. L. tutelas,* in fi. pr. *D. de cap. min.* Quo significatur etiam hic locum non fuisse in integrum restitutioni. At cum ex contractibus liberaretur emancipatione filiusfamilias, consequens fuit, ut hic nobis amitteretur actio adversus eum, aut a prætore restitui deberet. Et hæc una species est, in qua prætor propter mutationem status pollicitus est adversus eum qui capite minutus esset, actionem: hæc eadem sola, ad quam edictum de capite minutis pertinet. *L.* 2. *D. eod.* Cur ergo non restituit actionem prætor adversus eos, qui in veram servitutem redigebantur? Quia non potuit adversus eos restituere etiam si vellet, cum vere servi essent, adversus quos iure nulla actio esse potuit. *d. L. tutelas, §. ult. de cap. min.* Potuit restituere adversus eos, qui emancipatione non modo non fiunt servi, sed etiam sui iuris esse incipiunt. Sed & adversus hos restituere maxime debuit, quia quæ videbatur, non fuit vera servitus, sed imaginaria: valde porro iniquum sit imaginem veritati nocere. Observandum est autem prætorem in edicto superiore adversus eum qui capite minutus esset, nihil polliceri nisi se actionem daturum. Sed hanc actionem intelligere debemus in integrum restitutionem. In hac enim specie versatur ea status mutatio, propter quam inter cæteras caussas dicitur prætor pollicitus esse in integrum restitutionem in *L.* 1. & 2. *D. de in int. rest.* Hodie cum in manumittendis filiisfamilias omnis vetus forma emancipationis, id est, imaginariarum venditionum sublata sit constitutione Iustiniani, *L. ult. C. de em. lib.* etiam hodie in hac manumissione nullam servilem filii conditionem intervenire necesse est. Qua sublata [21] eodem tempore evenire intelligemus, ut nec liberetur hodie emancipatione filius; & quoniam eædem actiones adversus eum salvæ sunt, ne hic quidem locum habeat adversus eum ulla in integrum restitutio. Quod cum ita sit, omnis restitutio, quæ propter status mutationem olim proposita erat, simul & edictum totum de capite minutis tollatur.

XXIII. Una species in casu superest, in qua liberato debitore, atque ita actione creditori amissa, detur creditori in integrum restitutio. Ea est, cum mulier pro debitore apud creditorem ita intercessit, ut transferret in se obligationem per novationem. Hic mulier beneficio Velleiani non tenetur; ut proinde creditori amittatur actio cum adversus mulierem, quam senatus liberat, tum adversus veterem debitorem, qui novatione creditoris liberatus erat. Sed placuit hoc casu sic non teneri mulierem, ut adversus veterem debitorem restituatur actio creditori. *L. si mulier,* 16. in fin. *L. debitrix, §. ult. D. ad Vell.* scilicet ne beneficium iuris cuiquam tribuatur in alterius iniuriam, contra quam fieri æquum est. *L. nec avus, C. de em. lib.* Fit autem hæc restitutio per prætorem, dum creditor adversus veterem debitorem restituitur in integrum. *d. L. si mulier,* in fin. Restitutio ex edicto generali de maioribus, ex illa clausula extrema; *Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam.* L. 1. *D. ex quib. causs. maior.* de quo genere plura non addam, cum de eo satis dixerimus supra sub Titulo, de obligationibus mulierum, & de senatusconsulto Velleiano.

XXIV. Sunt igitur in summa solæ hæ caussæ, quæ maioribus in integrum restitutionem tribuant; in his quidem quæ facto nostro amisimus, metus, dolus, & cum

20) Secus iis enim si qui naturalem præstationem habeant *l.* 8. *h. tit.* ubi vid. Baro & Anton. Fab. Cuiac. 22. *Obs.* 14

21 Nam & hodie Emancipationem capite minuere sentit Donell. ut *supra lib.* 6. *Cap.* 16 *n.* 3. *vers. Hodie N.* ut & Vacon. & Govean. *loc. ibi not.* Wesenbec. *in Par. h. t.* 6 Cuiac. *ad Ulpian. Tit.* 10 *§. ult.* Niell. *Disput. feud.* 6. *The.* 2. *lit. A.* Sed Duar. *ad h. tit. fol.* 123. etsi hodie non utamur imaginaria venditione, ius tamen idem nos retinere: Et imo hodieque capitis minutionem emancipatione & arrogatione contingere probat Anton. Fab. *I. Iurisprud.* 16. *Princ.* 1. *Illat.* 9. *& ad L.* 4. *hoc titulo,* quia etsi ratio illa cesset, subest tamen adhuc ea, quod familiam mutet. Et certe hoc convenit ei, qui morte patris sui iuris factus est. Retinet enim is caput & familiam, ac gentem, nec inter agnatos numerari desinit, P. Nann. 9. *Miscell.* 11. Nec credendum ritibus antiquis sublatis totam iuris observationem eversam voluisse Imperatorem arg. *L.* 35. *princ. C. de inoffic.* Quin & quod actio contra emancipatum, non in solidum, sed quatenus facere potest, datur *L.* 3. *§.* 4. *vers. cum & ipse de minor. L.* 1. *C. Quod cum eo,* hodieque obtinere puto.

cum quid cum pupillo contraximus falso tutore auctore iustus error: in iis, quæ a nobis exierunt per omissionem omne impedimentum iustum quo factum est, ut rem non utendo aut non agendo amittemus. In casu autem amissæ veteris actionis, quæ contingit ex mulieris intercessione. Sunt eædem hæ caussæ, ex quibus iam ab initio maioribus in integrum restitutio nascitur. Sed nondum satis ab initio natam esse, ut dici possit cuiquam competere. Hoc amplius consistere eam oportet intra tempus restitutioni postulandæ præstitutum. Hoc tempus olim in omnibus restitutionibus superioribus annus utilis fuit, id est, annus, quo de ea re experiundi potestas fuit. Hodie pro anno utili sunt quatuor continui constituti constitutione Iustiniani *L. ultim. C. de temp. in integr. restitution.*

XXV. Excepta est actio de dolo, quæ quia famosa erat, dati sunt ei a Constantino duo tantum anni continui, ex quo dolus admissus est. *L. ult. C. de dol.*

XXVI. Cum hæc ita concurrent, ut & recte nata sit in integrum restitutio ex suis caussis, & nata intra tempus statutum consistat; tum vere illa competet ei, qui ob supra scriptas caussas rem amiserit. Quæ huic cœpit competere, eadem competet & eius heredibus; sed & fideiussoribus, quibus in caussis quis metu, aut dolo, aut iusto errore quid promiserit, in quo indigeret restitutione, & in eam rem fideiussores dederit: omnibus tamen, dum agunt intra constitutum tempus. De heredibus traditum pluribus verbis in *L. non solum, D. de in int. rest.* De fideiussoribus satis significatur ea definitione iuris, quæ dictat ex persona rei omnia rei commoda fideiussori, cæterisque successoribus competere. *L. ex persona*, 32. *D. de fid.* Cætera quæ versantur in recta institutione in integrum restitutionis, id est, adversus quos competat, qua de re, cuius restitutionis obtinendæ caussa, & quo effectu: superiore parte posita propemodum sua sponte intelligi diximus. Sed si quid erit in his, quod dubitetur amplius, de his partibus ea dicemus in restitutionibus in integrum minorum, quæ valeant in commune etiam ad in integrum restitutiones maiorum. Inde quæ huc pertinebunt, assumere licebit.

C A P. V I.

De in integrum restitutionibus minorum viginti quinque annis.

Edictum de minoribus integre redditur & explicatur. I.

Edicti sententia re quæ promittitur & caussa promittendi coalescit. II.

Quid utrumque, & quale, & quæ utriusque partes. III.

Ordine prior edicti caussa: Huius tractationis partes atque ordo. IV.

I. ET sunt hæ in integrum restitutiones maiorum ex iis caussis natæ, quas supra exposuimus: quæ quia maiorum sunt, etiam ad minores, quibus plus tribuitur, multo magis pertinere intelligendum est: ut sint hæ restitutiones omnium communes. Quæ minorum [1] in integrum, restitutiones sunt, hæ sunt, ut dixi, minorum propriæ. De his ius breviter comprehensum est edicto prætoris: cuius sententia a veteribus exposita cum omnem rationem, vim ac potestatem huius restitutionis contineat; faciendum nobis est, ut utrumque cognoscatur. Edictum tale fuisse videtur: *Quod cum minore, quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur: postulante eo, quandiu minor erit, perpetuo; postquam maior factus erit, exinde intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, uti quæque res erit, animadvertam*. Quod de tempore huius in integrum restitutionis supra complexi sumus, non exstat in Pandectis: credo propter constitutionem Iustiniani, quæ anno utili abrogato quadriennium continuum induxerat. *L. ult. C. de temp. in int. rest.* sed fuisse in edicto eadem constitutione Iustinianus exponit,

1) Quæritur utra restitutio potentior & favorabilior? Salic. *L. 1. Cod. de restit. mil. n. 1.* teste Mudæo *ad Rub. Cod. dict. tit.* voluit facilius subveniri ex caussa absentiæ læso, tum per *L. 40. in pr. D. ex quibus cauf. mai.* tum quia iustius illic subveniri videatur quam ætati, cum lubricum consilii sit a natura, nec ita Lex occasionem læsionis præbeat, & alii quos refert Franc. de Caldas *ad L. 3. Cod. hoc titulo v. implorare in int. restit. n. 6.* quia Ius commune pinguius iure singulari, quod restringendum: Contra Rebuff. *h. Tr. in Præfat. n. 7.* Mudæ *dict. loc.* Tiraq. *de Retr. lig. §. 35. Gl. 4. n. 46. ac seq. per L. ult. de in int. rest. L. ultim Cod. In quibus cauf. rest.* Sed Caldas *dict. loco n. 7.* pro varietate caussæ læsionis, modo hanc, modo illam fortiori ratione niti. Ubi autem caussæ pares, haut dubie minori magis faveri, add. Oddus *P. 1. Quæst. 5. Art. 1.*

ponit, dum necesse habet ostendere, quid de eo tempore in hoc etiam edicto immutarit. Cætera superioris edicti exstant in *L. 1. D. de min.* In quibus illa verba obscuriora sunt, certe parum vulgo intellecta: *uti quæque res erit, animadvertam*. Hoc totum sic vulgo accipiunt, ut sit: considerabo, sive [2] cognoscam, quomodo quæque res se habeat, quæ cum minore gesta erit. Sed hæc denuntiatio fere, ut prætor de re aliqua cognoscat, nec quidquam addat amplius, edictis prætorum non convenit. Proponebant enim edicta prætores, quibus edicerent, quid iuris de re quaque dicturi essent, ut sic monerentur cives eius iuris, moniti se præmunirent, ut est in *L. 2. §. eodem, D. de orig. iur.* Pollicebantur puta, se actionem, interdictum, in integrum restitutionem in hac aut illa caussa daturos, aut non daturos: iussuros se de re aliqua caveri; ni caveretur se in possessionem missuros, aut etiam rem possideri iussuros: quod ex iis edictis, quæ in Pandectis innumera exstant, licet cognoscere. Edicere autem se cogniturum, quod gestum est, nihil ad ius litigatoris, nihil ad eum de iure suo erudiendum pertinet. Nihilominus tamen Baro doctissimus Iurisconsultus eandem illam interpretationem retinet: sed morem superiorem prætorum in edictis proponendis optime intelligens, interpretationem emollit, atque hac retenta edictum ad eundem istum morem transferre conatur, dum aliquid edicto deesse putat, quo restitutio efficiatur certa sententia edicti. Addit igitur, & caussa cognita in integrum restituam. Sed si hæc verba in edicto fuerunt, priora illa, quibus se cogniturum id quod gestum est pollicetur, sunt otiosa. Neque enim restituit caussa cognita, nisi qui prius rem qualis esset, cognovit: atque adeo hoc cognoscere nihil aliud est, quam caussam cognoscere. Sed & illa otiosa; *uti quæque res erit*. Nam qui animadvertit, id est, cognovit id quod gestum est cum minore, is utique cognovit, quæ & qualis ea res esset, suntque hæc plane eadem: nisi forte potuit prætor cognoscere id quod gestum est, ut aliud cognosceret, quam id quod res est. Quid ergo est? Ego edicto nihil deesse puto, sed his verbis; *uti quæque res erit, animadvertam*, eleganter & dilucide exprimi cum restitutionem in integrum, tum ad iunctam huic restitutioni caussæ cognitionem; quorum utrumque in hoc edicto quærimus, & edicto comprehensum fuisse constat. *L. 3. §. 1. §. scio, L. verum, §. sciendum, L. in caussæ, 1. & 2. D. de min.* [3] *Animadvertam* igitur sic accipio, emendabo, corrigam in melius, & adeo in integrum restituam, cum aliter emendari non possit. Est enim animavertere probatis auctoribus inter cætera vindicare: sed proprie, ita cognoscere aliquid, & in eam rem inquirere diligentius, ut sit ad vindicandum & corrigendum; ut apud Terentium in And.

Ea primum ab illo animadvertenda iniuria est.

Idest, ita expendenda, ut vindicetur factum pro dignitate & corrigatur. Cic. *lib. 1. quæst. Tusc.* cum de sepultura agit: *quid autem ego singulorum opiniones animadvertam, nationum errores perspicere cum liceat?* Animadvertam, idest, non cognoscam, sed persequar ad corrigendum & castigandum. Supra enim multorum opiniones recensuerat, in singulis ad eas irridendas & castigandas immoratus. Hoc igitur prætor dicit, quod cum minore gestum erit, re diligentius cognita emendabo, & restituam: sed *uti quæque res erit*. *Uti* valet prout. Itaque est hic sensus: quod gestum erit, restituam; sed prout quæque res erit, idest, prout quæque res gesta postulare videbitur, & mereri restitutionem. Et ut Paulus alicubi loquitur, prout re cognita bonum & æquum esse videbitur: ad quod omnia cum minoribus gesta redigenda sunt: hoc ille in *L. quod si, §. non semper, D. de min.* In quo maxime illa caussæ cognitio versatur.

II. Iam de sententia edicti, id est, quid contineatur his verbis, quid his edictum tribuat, videamus. In quo cum tam multa insint, quam multa videmus tractata veterum Iurisconsultorum scriptis sub Titulo de minoribus, quam multa etiam comprehensa tot Titulis, qui exstant in Codice de hoc genere restitutionis: ut res tota recte explicetur, sic quam commodissime consequi posse videmur, si membra

2) Ubi Anton. Fab. *de L. 1. §. 1. hoc. tit.* exponens: ita de facto cognoscam. Alius ita, id est, caussa cognita, Sich. *ad Rubr. Cod. hoc titulo, n. 3.* Duar. *ad h. tit. D. fol.* 86. qui in aliis libris legi scribit, *Utique quæ ea res erit.*

3) Alii putant hoc verbo innui quod ipse Prætor sit cogniturus, nec iudicem daturus, vid. *supra Cap. 4. N. 1.* Confer *supr. Lib. 17. Cap. 8. N. 40.* Aliter Annæ. Rober. 3. *Rer. iudicat.* 17. *p.* 752. *& seq.* Non hic illa verba; *ratum non habebo*; uti in *L. 1. Quod. met. ca.* quia illi contractus nulli sunt vel annullandi. Non item omnia minorum gesta rescindi conveniens est.

bra edicti summa iam ab initio nobis proponemus; sic deinde his in suas partes distributis, eo usque persequamur singulas donec confectum sit, quod de singulis quaeritur. Sic enim partibus expositis facile totum habebimus. In edicto superiore licet animadvertere duo summa inesse; rem quae promittitur, & promittendi caussam.

III. Res promissa est beneficium in integrum restitutionis, quod praetor pollicetur minoribus. Caussa promittendi sunt ea omnia, quae praemittit praetor in edicto, propter quae hanc ipsam restitutionem pollicetur. In caussa spectatur, quaenam eae res sint, quas praetor ad eam caussam exigat. In beneficio quaeritur quale id sit, & quid tribuat: quod in his rebus positum est: cui competat; adversus quem; qua de re; cuius restitutionis obtinendae caussa, & quo effectu. De his ergo cum ordine dixero, sententia huius edicti, & omnis haec restitutio erit exposita.

IV. Et quoniam prior est caussa suo effectu; prius ut sit beneficium constitutum quam ut quaeratur, quale sit; non constituitur autem nisi ex suis caussis: ideo in universa hac cognitione hic primus locus est, ut de caussa huius beneficii cognoscamus: quam & praetor in hoc edicto, ut in caeteris solet, & natura faciendum esse docet, recte atque ordine praemisit. In caussa restitutionis in integrum minorum quatuor versantur, res totidem, quae iunctae huic beneficio locum faciunt; persona eius, cui tribuitur restitutio; factum, adversus quod tribuitur; facti huius circumstantiae, quae huius restitutionis aequitatem continent; & tempus restitutioni postulandae praefinitum. Persona est; minor viginti quinque annis natu, ut edicto expressum est: factum, omne quod cum minore gestum est, expressum eodem edicto: facti circumstantiae hae; si minor eo facto laesus erit, & laesus lubrico aetatis seu facilitate sua, nec ulla res intervenia, quae iuste hoc beneficium excludat: quas circumstantias facti veteres ex his verbis edicti acceperunt, *uti quaeque res erit, animadvertam* Atque hinc complures exceptiones, quae hoc beneficium minoribus etiam laesis adimunt: de quibus suo ordine. Tempus id, quod supra complexi sumus. Deinceps igitur haec singula qualia sint, & quid valeant, consideremus.

C A P. VII.

Ad quas personas restitutio huius edicti pertineat.

Minor hic loci quis dicatur: Et quid haec annorum computatio differat a reliquis. I.
Indulgetur in integrum restitutio minori: non tamen servo: praeterquam si hic decipiatur in caussa libertatis. II.
Sed filiofamilias minori tribuitur ex omni caussa, si modo huius intersit. Contrariis fit satis. III. IV.
Et quidem sive suum negotium gerens, sive alienum minor aliquid amiserit. IX.
Secus si non eius intersit, sive nihil amiserit. Hic non restituitur ex triplici caussa. 1. *ex mutuo accepto.* V.
2. *Etiam si idem acceperit iussu patris. Contraria diluuntur.* VI. VII.
3. *Si heres extiterit ei, pro quo fideiusserat.* VIII.
Cum maiore gestum licet in rem minoris beneficio restitutionis minime potiri. X.
Etiamsi maiori quo cum gestum est, minor successerit. Plura id genus exempla. XI.
Nisi tamen incommodum rei cum maiore gestae ad minorem pertineat. XII.
Immo & quod cum minore gestum maioris commodo restitutionem in integrum non recipere. XIII.
De eo quod filiusfamilias gessit potest pater, ne teneatur de peculio, petere invito filio restitutionem. XIV.
Ad restitutionem in integrum obtinendam non rei gestae initium spectari oportere, sed finem. XV.

I. IN persona ergo eius, cui restitutio hic tribuitur, exigit edictum minorem [a] viginti quinque annis natu. Minorem annis hic aliter accipimus, atque in aliis

[a]) Aetas haec lege L..toria definita L. 2. Cod. Th. de donat. idonea visa est defin. ea io maiori. Quae vocatur status L. 13. de prob. L. 77. §. 14. de leg. 2. quod sit ...crescendi finis, qua vigor virilis completur. L. 1. §. 2. hoc

eliis partibus iuris, cum quæritur, an certos annos quis compleri, an vero non complerit, eoque & fit his annis minor. Alias minorem certis annis diserte definimus eum, qui anni ex iis, de quibus agitur, ultimi ultimum diem non attigit. Qui autem eum diem ingressus est, eum dicimus annum complesse, quamvis cœptus sit dies tantum, non exactus: quia placeat annum civiliter non ad momenta temporum, id est, horas, sed ad dies numerari. *L. anniculus non statim, D. de verb. sig. L. 5. D. qui test. fac. pos.* Iam vero qui annum complerit, eum utique verum est eo anno minorem non esse. Quod de minore viginti annis responsum est diserte circa legem Æliam Sentiam in *L. 1. D. de manum.* Vetabatur ea lege minor viginti annis servum manumittere nisi vindicta. *§. eadem, Inst. quib. ex caus. man. non lic.* De eo ergo ita scribit Ulpianus in *d. L. 1.* placuisse, eum, qui vicesimi anni diem ingressus sit, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: *non enim maiori viginti annis permitti manumittere: sed minorem manumittere vetari*: *iam autem*, inquit, *minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi*. Nempe quia prius dixerat ab eo annum completum videri. Non sic minorem viginti quinque annis in hoc edicto accipimus; sed eum, qui vicesimi quinti anni ultimum diem non dico ingressus non est; sed & ingressus totum non complevit; ut si non complevit, quanvis eo ipso die aliquid cum eo gestum sit, tamen tanquam re cum minore gesta sit restitutioni locus. Omninoque hic annos istos ita [2] computare iubemur, ut inspiciamus, non solum quo die quis natus sit, sed etiam qua hora eius diei: deinde ex eo sic computemus viginti quinque annos, ut nisi vicesimi quinti anni dies ultimus non modo cœperit, sed etiam completus desierit in eandem horam, qua is de quo agitur, natus est, habeatur in hoc edicto minor annis viginti quinque. Hoc ad istam sententiam Ulpianus in *L. 3. §. minorem, D. de min.* idque est, quod ibidem ait, hic a momento ad momentum tempus spectari; momentum vocamus, quod prius horam dixerat. Quod totum plane nihil aliud est, quam in restitutione huius edicti eum minorem videri viginti quinque annis, qui non sit maior, seu qui eos annos non excesserit. Cur ergo hoc ita in hac restitutione interpretamur dissimiliter, atque in reliquis partibus iuris: præsertim cum priorem illam anni computationem civilem esse diserte scriptum sit in *d. L. anniculus non statim de verbor. sig.* Nempe quia alteram istam interpretationem in hoc edicto & verba edicti, & mens prætoris exigunt. Verba ita sunt, ut non simpliciter dicatur, quod cum minore viginti quinque annis gestum erit; sed adiiciatur; *quod cum minore viginti quinque annis natu.* Natus, quasi dicas nativitatem, significat momentum nascendi, seu momentum illud, quo quis natus est, ac non diem totum, in quo fuit illud momentum. Quapropter secundum verba recte dixerimus eum esse minorem viginti quinque annis natu, qui intra vicesimum quintum annum adhuc consistens, nondum illud momentum atque eandem horam vicesimi quinti anni completi attigit. Sic enim fit, ut infra eam consistat, ad quam adhuc non pervenit. Is autem hora minor est, qui infra eam consistit. Cum verbis congruit sententia prætoris. Huic enim propositum est minoribus consulere adversus captiones, quibus ea ætas exposita est propter infirmum & fragile eius ætatis consilium, ut declaratur in *L. 1. D. de min.* At profecto non minor est infirmitas consilii minoris extremo toto die vicesimi quinti anni, quam eo die cœpto, aut pridie eius diei. Proinde convenit consilio prætoris & eius infirmitatis rationem haberi, ac quod in eo eum minore gestum erit, propter eandem infirmitatem emendari. Quod eo magis probandum est, quod

hoc titulo. Unde dicitur ætas robusta *L. 15. §. 6. de adult.* Et Hippocrates quoque sensit hunc esse pubertatis finem *Lib. 5. Aphorism* Cuiac. *ad L. 1. hoc titul. & de Div. temp. præscr. Cap.* 29. Odd *P. 1. Quæst. 2. Art 3. n* 33. *& seqq.* Potest tamen hæc ætas statuto iure provinciali variari vel minui. Odd *d. Q. 2. Art. 5.* Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 42 Sicuti iure Saxonico maior quis censetur & perfecti iudicii anno 21. completo Landr. *Lib. 1. Art.* 23. *& Artic.* 42. Atque ita petitio restitutionis durat adusque annum 25. perfectum. Et quadriennium restitutionis exspirat illo tempore, quo iure communi currere incipit. *D. ff. iur. Civ. & Sax.* 28. *P. 2. n.* 13. *& seq.* Coler. *Decis.* 10. Wesenbec *Cons.* 52. *n* 83 Sneidvin. *in § 6. Instit. de act. n* 72. Brust. *in L. 9 §. 4. de iurei. n.* 19. In Sicilia ætas hæc consistit intra 18. annos, & infra id datur restitutio in contractibus, & iudiciis, Matanta *Spec. aur. P 6. v. & quæ sequu appell. n.* 80. Totque annis eadem definita iure Longobardico Hott. *in Lex feud* Cuiac *de Div. temp. præscr. Cap* 27. Ac pluribus Galliæ locis inter nobiles maior 20 [illegible] 21. anno, Tiraq. *de Nobil Cap.* 20. *n.* 41. Licet vero fœminæ naturaliter *dona* citius recipiant, quoad hoc tamen nullum sexus discrimen, Cuiac *in leg. 1. hoc tit* Fr. de Caldas, *ad L. 3. Cod. hoc tit in definit* verbo *minoribus n.* 1. Quia etsi citius pubescant quo ad personam, unde & tutela antea liberantur, non tamen curatela eas citius eximi expedit, ut nec restitutionem hanc negari, quia per se fœminæ imbecillioris consilii, vid. Odd. *P. 1 Q. 4. Artic.* 4.

2) Azo *Summa Cod. hoc titul. n.* 3. Duar. *h. tit.* in verbis edicti; *Quod cum minore* Anton. Fab *ad d L. 3. §. 3.* Cuiac. *ad L.* 96 *de V. S.* Gœd. *ibid n.* 8. Quia ætas facti est, & solius naturæ, ac Odd. *P. 1. Quæst. 2. Artic.* 8. Confer. *supra Lib. 5. Cap. 19. N. 3.*

quod benigna hæc interpretatio est, in re pro minoribus benigne & secundum naturalem æquitatem comparata. *d. L. 1. de minor.* Nulla sententia maiore consensu iuris recepta est, quam hæc, quæ benigne constituta sunt, interpretanda esse plenius, & quam longissime significatio verborum & mens loquentis produci potest. *L. cum quidam, D. de lib & post.* ex quo illa regula iuris Pontificii; *odia restringi, favores convenit ampliari*. C. odia, *de reg. iur. in vi.*

II. Huic ergo minori prætor in integrum restitutionem pollicetur, & minori indistincte. Unde intelligimus, quisquis erit minor, cuius interfit in integrum restitui, quia quid amiserit, ad eum auxilium edicti pertinere. Quid si erit servus cum quo minore quid gestum est: etiamne huic restitutionem dabimus? Omnino dabimus, si qua res exsistat eiusmodi, in qua aliquid amittat, quod ius vellet esse eius. Finge ei libertatem fideicommissariam deberi præsentem, & fuisse captum, dum exspectat certum tempus manumissionis, cum in re mora ei fuerit. Si postulet hic restitui, ut, quod ab initio habere poterat, si statim manumissus esset, & remisit, id consequatur, 3 audietur. *L. 5. D. de minor.* Cæteris in caussis nulla est in integrum restitutio de eo, quod cum servo minore gestum fuerit. *L. 3. §. ult D. de minor.* non quia servus minor superioribus verbis non continetur: sed quia quod sequentibus verbis pollicetur prætor, ad servos non pertinet. Pollicetur prætor in integrum restitutionem de eo quod cum minore gestum est, sed pollicetur minori ipsi, ut in quo ea re læsus est, & quid amisit, in eo in integrum restituatur: nam aliter non est in integrum restitutio, ut initio ostendimus, & verbum per se satis indicat. At servus non est in ea 4 caussa, ut quandiu talis est, ex eo quod cum eo gestum est, possit quidquam amittere. Sive enim alienare aut repudiare quid tentat, ideo nihil hic amittit, quia prius nihil suum habuit, ac nec servus habere potest. *§. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Sive quid gerit, aut cum alio contrahit, iure civili non obligatur. *L. servi, D. de obligation & action.* usque adeo ut nec manumissus de eo quod in servitute gessit, teneatur. *tit. an ser. pro suo fac. post. ma. tene. C.* Sed esto, nihil amittat servus ex eo contractu. At amittit dominus, qui ex contractu servi obligatur de peculio. *§. actiones autem, Inst. de action.* An non ergo saltem dominus, qui eo contractu læsus est, ex persona servi in integrum restitui poterit? Quidni, dixerit aliquis, si minor servus rem male gessit captus imperitia ætatis? Sed dominus maior est; maioribus hoc edicto non succurritur, sed minoribus. Et imputet sibi dominus, qui passus sit minorem servum peculium habere, quo nomine postea ex eius contractu posset conveniri, aut qui ei aliquid gerendum commiserit: hinc in *d. L. 3. §. ultim.* & *L. 4. D. de minor.*

III. Quid, si minor liber erit, sed filiusfamilias? nam de eo specialiter tractavit Ulpianus in *L. 3. §. sed utrum*, & deinceps, *D. de minor.* Sed & de eo proprius titulus est in Codice hac ipsa inscriptione, *de filiofamilias minore*. An ergo filiusfamilias minor, si quid cum eo gestum erit, restitui in integrum potest ex omnibus caussis? Sane ex omnibus caussis non minus, quam paterfamilias, si modo ipse quid eo facto amiserit. Non enim eo minus minor est, aut in ea ætate eo minus eadem infirmitate consilii laborat, quia est in potestate patris; sed sæpe magis, dum potestate & metu patris retentus minus hominum mores nosse, minus negotia civilia tractare potuit. Et ideo multis exemplis in unum collectis in *L. 3. §. ergo*, & *§§. quatuor seqq. D. de minor.* Ulpianus id agit in summa, ut probet, quæcumque filiusfamilias habuit, quæ iure filiisfamilias concessa sunt, quæcunque ei delata sunt, quæ agnoscendo acquirere potuit, si fecit, quo aut illa amitteret, aut hæc non acquireret, eum ut in re propter ætatem amissa, in integrum restitui posse.

IV. Quid est ergo, quod hic dubitamus? Dubitatio constitit circa contractus filiorumfamilias minorum. Atque hinc dubitatio, non quod non eorum intersit in integrum restitui, si quid contraxerint: obligantur enim filiifamilias ex omnibus caussis, idest, tam ex delictis, quam ex contractibus similiter ut patresfamilias. *L. filiusfamilias, D. de obligatio. & action. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Quod si ob-

3) Propter spem enim libertatis servus aditum habet ad prætorem *L. 22. §. 1. ad Trebel* Anton. Fab. *ad d. L. 5.* reprobans Accursium qui ex mora in præstanda libertate servum ipso iure liberum fieri per *L. 3. C. de fid. libert.* Nam imo manumittendus *L. 84. de leg. 2.*

4) Mauric. *Cap.* 232. Odd. *P. 1. Quæst.* 23. *Artic.* 1. Et sic discrimen inter filiumfamilias & servum, quia huius persona etiam iure prætorio & extraordinario nulla est, *L. nullo 7. ad L. Cor. de fals.* Cuiac. 6. *ad Afr. in L. 4. h. titul.* Putat tamen Cuiacius ubi dominus & servus ambo minores, posse dominum, vel servi nomine vel suo restitutionem obtinere.

si obligantur, læsi sunt, interestque eorum tolli obligatinnem; sed quod sæpe non videtur fieri posse, ut hic restituatur filiusfamilias minor, quin & restituatur pater maior: quod fieri edictum non concedit. Etenim cum quid cum filiofamilias contractum est, ex eo contractu duo obligantur: filius in solidum tanquam principalis reus, & pater de in rem verso, si quid in rem eius versum est, si qnid versum non est, de peculio, tanquam principalis istius obligationis accessio. *L. si quis cum*, 44. *D. de pecul.* §. *præterea*, *Inst. quod cum eo*, Itaque demus filiofamilias ex hoc contractu restitutionem in integrum. Evenire dicemus, ut liberato per in integrum restitutionem filiofamilias reo, liberetur & pater: quia ita ius fit, ut in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberentur. *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* At hoc, inquit Ulpianus, ***nequaquam fuit prætori propositum***, ut per minores filiosfamilias patribus eorum maioribus subvenirerur*: prætor enim minoribus auxilium promisit*, ***non maioribus:*** hoc ille in *d. L.* 3. §. *sed utrum*, *de min.* Ipse autem ibidem rem expedit ad hanc sententiam, ut etiam tunc cum filiusfamilias minor 5 contraxit, qua ex caussa simul tenetur pater, qundcunque id genus sit contractus, possit filiusfamilias in integrum restitui si modo eius intersit, idest, ut hoc idem ipse interpretatur, si sit obligatus. Nec metuemus, ne eo facto maiori succurratur, quod per edictum non licet. Nam pater convenietur nihilominus, vel in solidum, si iussu eius contractum est, vel de in rem verso, aut de peculio: idque non tantum, si nondum filius impetrarit in integrum restitutionem, sed etsi iam impetrarit. Illud non expedit Ulpianus, quod obiiciebamus, sublata per in integrum restitutionem filiifamilias obligatione, atque ita liberato principali reo, patrem quoque qui eius obligationis accessio est, liberari. *d. L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Nos respondebimus, superius hoc de veris liberationibus dictum esse, cum scilicet ita liberatur reus, ut & iure tollatur eius obligatio. Diversum est, cum personæ rei principalis ita subvenitur, ut quanvis teneatur iure civili, ipse tamen auxilio extraordinario prætoris non conveniatur. Quod in restitutione minorum accidit, quæ propterea non rei, sed personæ tribui dicitur. *L. exceptiones*, 2. in fin. *D. de exc.* Hoc modo non reus proprie liberari, sed magis obligatione eadem manente persona obligatione eximi intelligitur. Quod cum fit, nihilominus alii omnes eiusdem obligationis rei, etiam accessiones obligati remanent. *L. ult. D. de duob. re.* Et certe si persona rei tantum exempta manet adhuc vetus obligatio; necesse est, quicumque prius ea obligatione tenebantur, eos etiam nunc eodem vinculo teneri.

V. Sed quod dicimus filiumfamilias minorem ex omnibus caussis, quæ cum eo gestæ sint, in integrum restitui posse: meminerimus cum ea conditione semper accipiendum esse, quam supra ex Ulpiano posuimus; si modo ipsius intersit: puta si sit obligatus. Quod si obligatus non erit, non est ei restitutio in integrum necessaria, atque adeo restitutio ei esse non potest, qui nihil amisit. Ut autem filiusfamilias contrahendo vel potius gerendo id, ex quo obligatio contrahi solet, tamen eo nomine iure communi non obligetur, tribus in caussis accidit, in quibus totidem sunt quodammodo exceptiones, quibus efficitur filiumfamilias ex contractu suo in integrum restitui non posse: ac de his potissimum agitur sub Titulo *C. de filiofamilias minore*, estque id præcipuum eius Tituli argumentum. Una caussa est, si filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit contra senatusconsultum Macedonianum. Negat *L.* 1. *si frater*, *eod. tit.* filiumfamilias ex hac caussa in integrum restitutionem postulare posse. Nempe ideo, quod senatusconsulto Macedoniano efficitur, ne filiusfamilias ex hac caussa teneatur, ac proinde ne quid amittat. *L.* 1. *D. de senat. Macedon.*

VI. Altera caussa est eodem rescripto comprehensa, si filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit iussu patris; qua ipsa in caussa ibidem restitutio in integrum filiofamilias denegatur. Neque illic solum, sed & ab Ulpiano diserte in *d. L.* 3. §. *sed utrum*, illic, *si igitur filius D. de min.* sic enim ille scribit: *si igitur filius conveniatur postulat auxilium; excepta mutui datione: in hac enim si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur;*

5) Et iussu patris contraxit (scilicet extra caussam mutui si ipse conveniatur *d.* §. 4. Si nempe se obligavit suo nomine, & rem suam gessit. Secus si rem patris gessit tanquam eius mandatarius *L.* 23. *pr. hoc tit.* Duar. *ad tit. Cod. de filiofam. min.* differentiam esse scribens inter iussum *d.* §. 4. qui potest fieri ut consulat filio, & mandatum *d. L.* 23. quod semper est alienæ rei. Anton. Fab. *ad L.* 3. §. 4. *hoc tit.* ita: Si mandat filio, ut contrahat de re peculiari: restitutio est *d.* §. 4. Sin ut de re mere paterna, non item *d. L.* 23. quia non tanquam filius & proprio nomine, sed tanquam Procurator obligatus est, vid. Azo *in Summa Cod. de filiof. min.* & Cuiac. *ad d.* §. 4. Mauric. *Cap.* 243. Scip. Gentil. *de Bon. matern. Cap.* 24.

tur: quod prius dixeramus, ex hac caussa eum in integrum restitui non posse. At cur non potest? An quod tenetur, & conveniri utiliter potest, nec iuvatur auxilio huius edicti? Immo ideo, quia [6] ne hic quidem filiusfamilias tenetur, tutus senatusconsulto: ut proinde frustra desideret in integrum restitutionem. Cur enim si tenetur ex hac caussa iure communi, minus ex ea restitui possit, quam ex cæteris? Quod quidem aperte confirmat Ulpianus in *d. L.* 3. *§. sed utrum*. Qui eum, qui iussu patris obligatus sit, diserte scribit & conveniri posse invito patre, & si conveniatur, hoc ipso quod tenetur, auxilium impetrare debere.

VII. At videamus iam, ne his verbis Ulpianus utrumque illud repudiet, quod paulo ante posuimus. Negavimus enim filiumfamilias ex mutui caussa teneri, quanvis iussu patris mutuam pecuniam acceperit; & quia non tenetur, etiam negavimus eum auxilio restitutionis uti posse. Ille supra scriptis verbis utrumque contra dicere videtur, & teneri eum, qui iussu patris contraxerit, & simul iuvari auxilio huius edicti. Sed non hoc dicit Ulpianus. Loquitur enim, de filiofamilias non qui iussu patris quid gesserit, sed qui iussu patris sit obligatus. Bene eum, qui sit obligatus, etiam restitui posse dicit. Nos de non obligato loquimur. Et hoc quidem in cæteris contractibus omnibus accidit, ut filiusfamilias iussu patris contrahens obligetur: ex quo est & in illis adversus obligationem filiifamilias in integrum restitutio. In pecunia filiofamilias mutuo data iussu patris, locum non habet. Quippe in cæteris contractibus nulla parte iuris defenditur filiusfamilias, quominus obligetur. In pecunia mutuo accepta senatusconsulto iuvatur, quamvis iussu patris acceperit. Quid est igitur, Quod idem Ulpianus alibi de pecunia filiofamilias iussu patris mutuo data scribit, cessare scilicet in ea caussa Macedonianum? hoc enim ille diserte in *L. item, §. interdum, D. de sen. Mac.* Id sic accipiemus, cessare in persona patris, non etiam filii. In persona patris cessat ideo, quia ut ibidem subiicit; *patris voluntate contractum videtur*. At non ideo cessat in persona filii; sive quod senatusconsultum utrique scriptum est, patri & filio; ut si pater senatusconsulto non iuvatur, nihil tamen vetet, quominus filius ex persona sua senatusconsulti auxilium retineat: sive potius quod pecunia filiofamilias iussu patris credita quodammodo patri ipsi credita videtur. *L.* 1. *D. quod iussu*. Certe est ipsi quæsita: ut proinde æquum sit solum patrem tanquam in re a se contracta eo nomine teneri, filiofamilias auxilium senatusconsulti relinqui. Non obstat, quod Ulpianus in eo loco, cum prius dixisset interdum senatusconsulto locum esse, & tamen in alium actionem dari, & exempli caussa subiecisse, si filiusfamilias institor ab extraneo præpositus mutuum acceperit, ipsum senatusconsulti exceptione usurum, sed institoriam actionem adversus eum qui præposuit, competere: mox per adversativam distinguit ab hac caussa eam speciem, in qua pater ipse filium institorem dedit: in quo ait cessare senatusconsultum. Non enim in eo distinguuntur hæ species, quod in priore filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens iuvetur senatusconsulto, in posteriore non iuvetur: sed in eo, quod in priore datur actio in alium, & nihilominus senatusconsulto locus est; in posteriore datur actio in alium, puta patrem; sed cessat senatusconsultum patri, cuius iussu pecunia accepta est, qui alioqui sine iussu senatusconsulto iuvari poterat. Ita semper huc res redit in pecunia mutua filiofamilias data, ut quanvis iussu patris ei data sit; tamen quoniam iuvatur senatusconsulto Macedoniano, ne teneatur, non possit qui obli-

[6] Convenit Odd. *P.* 2. *Quæst* 51. *Art.* 6. *in fin.* scribens, si contra exceptionem Macedoniani replicetur de iussu patris, duplicari de recursu creditoris contra patrem. Sed A. Fab *ad d.* §. 4. totum versum *excepta mutui* irreptitium ex glossa interpretis statuit, vel a Triboniano adiectum. Et idem paulo post totum §. 4 plurifariam corrupisse Tribonianum contendit. Quæ ut probare religio est, ita convellere nunc non vacat. Enimvero nec Donelli ratio hic plane arridet. Nam præterquam quod expositio *d. L.* 7. §. 11. satis dura; etiam, in *d. L.* 2. *Cod. de filiofam. min.* clare hæc seiunguntur iussu patris contractum, & contra SC. contractum. Taceo quod *d.* vers. *excepta* verba *non adiuvatur* convincunt non restitutionis tantum auxilium, sed & quodvis aliud hic negari. Alias dixisset *IC. non necessaria est restitutio, supervacuum est &c.* Quid quod ex Donelli nostri sententia ut infra *Cap.* 11. *n.* 14. Restitutio hæc cum alia actione vel exceptione concurrere potest. Denique satis inhumanum, si bona fide iussu patris permotus filio minor credidit, alias non crediturus, iacturam pecuniæ quandoque faciat, quod huic Donelli opinioni consequens. Pone. Pater post creditum a filio acceptum decessit, priusquam litem contra patrem movere creditor potuit. Filiofamilias si semel parta est Senatusconsulti Macedoniani exceptio, utique durat, etiamsi sui iuris factus, modo eo tempore non agnoverit debitum, vid. *supra Lib.* 12. *Cap.* 28. Quare illo posito, etsi creditum acceptum filius non perdiderit, creditor excludetur, quia in Senatusconsulto non quæritur, an pecunia salva sit nec ne, &c. cum odium fœneratorum præcipue ei caussam dederit, quo & in præsenti considerari nequit. Quare forte aptior ratio gloss. in *d. L.* 4 quam & refert Odd. *d. Artic.* 6. quia quanto maiore odio prosequitur L. mutuantes sine iussu patris, tanto maiore favore dignata est illos qui eo adhibito, ut contractus ab omni rescissionis periculo totus præstetur. Nisi cui magis placeat ratio Mudæi *ad d. L.* 2. quod nec hic credendum sit minorem filiumfamilias læsum esse. Non tantum ex communi ratione, in patris propenso animo, &c. sed & quod pater ipse, se quoque obligaverit, non facturus, ut verosimile, nisi utilitatem aliquam ex contractu præsensisset.

obligatus non est, in integrum restitutionem postulare, ut est in *d. L. 1. C. de filiof. mi.* vel ut est in *d. L. 3. §. sed utrum.* in pecunia, quam iussu patris mutuam accepit, auxilio huius edicti non adiuvetur.

VIII. Tertia caussa est, in qua ex contractu suo non restituitur in integrum filiusfamilias, si is cum fideiussisset pro alio sive extraneo, sive patre, debitori mortuo postea successerit. Non exprimitur quidem hæc exceptio in *L. filiusfamilias, 2. C. de filiofam. min.* sed satis aperte inde colligitur. Illic enim ita scriptum est: si filiusfamilias etiam pro patre fideiusserit (quod de patre additum est amplificandæ dubitationis caussa) posse nihilominus eum in integrum restitutionem postulare: sed hac conditione, *si is patri diem suum functo non successit*. Ergo si successerit, non restituetur: collectio nostris usitata, nec minus certa, cum ex conditione legis deficiente legem cessare colligemus. *L. 1. vers. huius, D. de off. eius, L. si procuratorem, 8. §. si ignorantes*, in fin. & *§. igitur, seq. D. mand.* Ideo autem in hac caussa non restituitur minor, quia hac successione fit, ut liberetur fideiussoria obligatione, qua prius tenebatur: quoties enim debitori succedit fideiussor, ipso iure fideiussoris obligatio confusione tollitur. *L. Stichum, §. quod vulgo, D. de sol.* liberatus, frustra adversus eam obligationem quæ nulla est, postulet in integrum restitutionem. Et qui in hac caussa ex persona sua in integrum restitui non potest tanquam fideiussor; multo minus restitui poterit tanquam heres ex persona defuncti: quia defunctus maior fuit, ad quem beneficium huius edicti non pertinet: neque vero plus iuris transire potuit ad heredem, quam fuit apud eum cui successit: de quo mox plura.

IX. Effectum est igitur, quemadmodum prætor de minore viginti quinque annis loquitur generaliter, eique indistincte auxilium pollicetur: ita re vera ac sententia ipsa edicti, quisquis erit minor, cum quo quid gestum erit, sive liber, sive servus, & sive sui iuris, sive filiusfamilias, omnes ad auxilium huius edicti pertinere; si modo quid amiserit: quod solum tale est, ut admittat natura in integrum restitutionem. Nec interest in eo, utrum minor negotium suum gerat, an alienum, dum in alieno quoque quid amiserit. Et ideo si minor sua sponte negotiis alienis interveniens aliquid non recte gesserit, quanvis videatur in eo maioris utilitas versari, tamen restituendum esse placuit, *ne* 7 *maiori damnum accidat:* scilicet quia minor hic tenetur domino negotiorum gestorum actione, quam aliter evitare non potest, quam si domino cedat auxilium restitutionis, quod ex ea caussa nactus est: hoc in *L. quod si*, in princ. *D. de min.*

X. Sed ut minoribus omnibus parata est ex hoc edicto in integrum restitutio, ubi eorum interest: ita animadvertendum est propositum esse edictum 8 solis minoribus. Ex quo rursum intelligimus, sive quid

cum

7) Ubi rationis, *ne maiori damnum accidat* hic sensus: quod tanto magis restituendus sit minor contra eum, cum quo negocia aliena gerendo contraxit, quanto minus contra dominum ipsum restitui potest. Anton. Fab. *ibid.* Plane enim iniquum fuerit si ex gestione minoris domino ignorante, & cui nihil imputari potest damnum accideret. Male vero Faber *ibidem* ex verbis, *si recusaverit d. L. 24. pr.* Triboniani manum agnoscit, quia minoris sit postulare; prætoris concedere vel recusare. Quasi vero non passim recusari dicantur quæ delata omittuntur, ut hereditas, vid. *supra Lib. 7. Cap. 7. N. 3.*

8) Non tamen excluduntur personæ similes, quæ minorum iure utuntur, Franc. de Caldas *ad. L. 3. Cod. hoc Tit. in definit. v. minoribus* n. 60. ut sunt Respublica *L. 4. Cod. in quib. caus. mai. L. pen. C. de I. Reip. Lib. 10. Tit. 29* De cuius restitutione, & an idem in quavis civitate ac municipio, item in castro & villa aliaque universitate; vid. Sich. *ad. d. L. 4. Marsil. singul.* 699. Nicol. Ant. Gravat *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib. 8. C.* 3. qui communem esse testatur quemvis pagum ac restitutione gaudere, & Turaminus *ad L. 10. de iure fisci. P. 3. Quæst. 3. n. 16* Duar *ad Tit. D. ex. in quibus caus. mai fol.* 130. qui inde affirmat. (1) quia si succurritur legatis municipiorum æque, ut legatis Reipublicæ *L. 26. §. als ex quibus caus. mai* Ergo &c (2) *per d. L. pen.* quia, ait, toto eo Titulo tractatur de civitatibus, Donell. *ad. L. 27. de reb. cred. n. 9.* (qui negat) Mauric. *Cap. 217. & seqq.* Odd. *P. 1. Quæst 3 Art. 9. & 3. seqq.* qui fere affirmant ut & Caldas *d. loc. n.* 61. Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit de Restit. in int. Resol. 3. & Resol.* 5. Hartman. Pistor. *Lib. 1. Quæst. 37. n. 56. & seqq.* Nicol. Losæus *Tr. de iure universit. P. 3. Cap.* 16. Add Ioan. Kitzel. *Exegesi de Oblig. Mutui Cap. 4. n. 18. & seqq.* ubi n. 26 hanc restitutionem ad eas caussas coarctat, quibus, exemplo minorum, alieno consilio & prudentia Respublica indiguit atque ita læsa est. Ecclesiis per *L. 23. Cod. de SS. Eccles.* Quam restitui volunt tam in contractibus *Cap. ubi constitutus. extr. de in int. restit.* quam iudiciis *Cap. auditis 3. eod. Cap. 1. eod. in 6.* Idemque in loco alio pio & pia caussa, vid. Marante *Parte 6. verbo & quandoque appell. n.* 88. Caldas *d. loc. n.* 60 *& n. 63. ac seqq.* Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 9. Mathesilan. *Singul.* 44. Odd. *d. Quæst. 3. Art. 4. & 2. seqq.* Tiraq. *Privil. pia caussæ* 138. *& seqq.* Sed & Principi restitutionem concedendam volunt, quando ex gestione eius læditur Respublica vid. Odd *d. Quæst. 3. Artic.* 13. vel iura imperii & coronæ, Caldas *d. loc.* n. 62. Et fisco, per *L. 1. Cod. de sent. ad fisc. lat. L. 1. Cod. de vend. rei fisc. Lib. 10. tit. 4.* Mauric. *Cap.* 220. Et quia pars Reipublicæ, Duar. *d. loc.* vid. & Odd. *d. Quæst. 3. Artic.* 13. Fachinæ. 9. *Contr.* 80. *& seqq.* Et seni decrepito vid. Caldas *d. loc. n.* 66. Odd. *d. Quæst 3. Articul.* 1. Prodigo quoque adversus gesta ante interdictionem bonorum, tametsi ea iure valeant, *L. 27. in final. pr. hoc titulo*, ita subveniri vult Caldas *ad L. 3. Codic. hoc titulo*, verbo: *cum non absimilis n.* 3. *& in definitione* verbo: *minoribus n.* 65. & alii relati ab Harprecht *Process. in Iniciali Decade 2. Concl.* 2. Sed contrarium verius ac receptius est cum *d. L. 27. pr.* de prodigo adolescente & sic minore loquatur, sed cui nondum interdictio facta, Petrus Barbosa *ad L. 3 & 4. D. Sol. matrim.* n. 20. *& seqq.* Quid in furioso muto surdo, &c. vid. Odd. *d. Q. 3. Artic.* 1. *& 2.* Plane mulier etsi minori in quibusdam comparetur iure civili, maxime vero iure Saxonico, non tamen in hac restitutione si cum curatore contraxerit, Wesenbec. *Cons.*

12.

cum maiore gestum sit, sive quid gestum cum minore, quod alteri acquiratur, puta gestum a filiofamilias minore, quod acquiratur patri, ex quo aut maior aut minor ipse in integrum restitui postulet, cessare in integrum restitutionem. Ac de eo quod gestum est cum maiore, ius certum est. Non subvenitur, ait Ulpianus, hoc edicto maioribus: *neqnaquam enim fuit hoc prætori propositum; qui minoribus nominatim auxilium promisit, non maioribus:* hoc ille in *L.* 3. *§. sed utrum*, in prin. *D. de min.* Idque ita est, etsi quis rem minoris gerens ex ea caussa obligationem aliquam in se susceperit. Ut puta: sua voluntate quis minorem in iudicio defendit, & condemnatus est. Potest, inquit Paulus, ex caussa iudicati conveniri: nec eius quem defendit, ætas ad restitutionem impetrandam ei prodesse poterit. *L. eum qui*, 47. *D. de min.* Quod quidem non edicti solum verba efficiunt; sed etiam, & quidem multo magis, edicti ratio. Habet edictum hanc rationem, ut eleganter descripsit Ulpianus æquitatem huius edicti in *L.* 1. in prin. *de minor.* Constat enim inter omnes fragile esse & infirmum consilium huius ætatis: idemque propter imperitiam & facilitatem multis captionibus & insidiis expositum, ut nihil sit magis secundum naturalem æquitatem, quam adversus captiones isti infirmitati opem ferre. Hæc ratio ad maiores annis non pertinet. Unde intelligitur nec edictum ad eos pertinere. *arg. in L. quod dictum*, *D. de pact. L. de eo*, & *L. quid enim*, *seq. D. de iud. L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* Adeo autem verum est, quod cum maiore gestum sit, non habere in integrum restitutionem, ut si quis quod minor gessit, maior factus comprobaverit, cesset restitutio. *L.* 3. *§.* 1. *D. de min. tit. C. si ma. fac. rat. hab.* Non alia de caussa, quam quod a maiore gestum videri incipit, quod a maiore iterum inducitur. Sed de hoc plura postea inter exceptiones huius edicti: hæc enim ex illis una est.

XI. Denique ut intelligatur de eo quod cum maiore gestum sit, nullam omnino in integrum restitutionem esse: etsi maiori isti, cum quo res gesta erat, minor [9] successerit, nihilominus in toto eo negotio cessabit restitutio, & minor iure defuncti utetur. Utputa: pater contrahendo rem male gessit, & filiumfamilias minorem fideiussorem dedit. Iam ante diximus, si filius patri defuncto successerit, eum in integrum restitui non posse, quod indicatur in *L. filiusfamilias*, 2. *C. de filiofam. min.* Non enim restituetur ex persona sua, qui amplius ex caussa fideiussionis ipso iure non obligatur: non ex persona patris, qui beneficium restitutionis non habuit. Item, pater obligatus in eam caussam res suas pignori dedit. Mortuo patre cum neque pupillus heres, neque tutores eius pecuniam solverent, creditores ius suum exsecuti pignora distraxerunt. Rescriptum est adversus hanc distractionem nullam esse in integrum restitutionem pupillo, quanvis aliqua culpa eius, aut tutorum argui possit, quod rem distrahi passi sint: usque adeo, ut quanvis creditor non bona fide versatus sit in pignore distrahendo: tamen placeat eum magis, aut tutores pupilli potius, quam emptorem conveniri debere: cautum in *L. ult. C. si ad vend. pig.* congruit *L. Æmilius*, vers. *Dicebam*, *D. de minor.* Item: quidam fundum emerat lege commissoria ita, ut si intra quatuor menses pretium non solveret, fundus esset inemptus. Is decessit pupillo herede relicto. Tutores cum legi non paruissent, venditor iure suo usus alii fundum vendidit. Pauli sententia est in *d. L. Æmilius*, *de min.* pupillum adversus eam venditionem restitui non posse, quia nec pater posset a quo hæc vendendi alteri potestas nata est. Refert quidem Paulus eo loco Imperatorem, cum assidente Paulo de ea caussa cognosceret, aliud in ea iudicasse: sed motum ideo, quia amplius in specie eius facti proponebatur venditor sæpius interpellasse tutores, ut pretium solverent, quo facto videri posset a lege priore sua recessisse; & præterea priores tutores qui pretium non solvissent, suspecti pronuntiati essent: fac igitur aliquid horum deesse: relinquitur illæsa sententia Pauli, [10] quam non refragante Imperatoris sententia

11. *n.* 27. (qui tamen in contrarium valde propendet, etsi definire non audeat, *Cons.* 25. *n.* 18.) Moll. *in Nov. elect. Sax.* 15. *p.* 2. *n* 98. Rauchar. *P.* 1. *Quæst.* 32. *n.* 88. ad. de Cacheran. *Decis.* 87. Sarmient. 2. *Select. Interpret. ult. n.* 10. Tametsi muliebrem sexum caussam restitutioni ex capite ignorantiæ sæpius præbere velint, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 10.

9) Vid. Mauric. *Cap.* 82. Odd. *P.* 2. *Quæst.* 86. *Art.* 2. Matthæ. de Afflict. *Decis. Neap.* 212. *ibique in Annot.* Cæs. Ursill. Hinc quærit Mauric. *Cap.* 102. an si Procurator ad donandum a patre constitutus donaverit mortuo patre efficacia sui mandati, antequam revocatio ei intimata fuerit, restitutio cesset? Putat autem locum esse restitutioni ex clausula generali *L.* 1. *ex quibus caus. mai.* si quod a patre actum, filius minor se ignorasse proponat. Quod si mortuo patre revocare potuit mandatum ex edicto de minoribus, tanquam læsum in eo quod non revocavit. Atqui certissimum est, mandatum morte finiri, nec revocatio heredum necessaria.

10) Ita Duar. *ad tit. C. Si adv. vend. pig. fol.* 97. Sententia & Pauli & decretum Antonini non contraria. Nam ita decrevit Imperator propter varias circumstantias caussasque,

tia sequi debeamus. Quominus autem de toto hoc iure dubitetur, faciet inspecta persona & conditio heredis, quæque sunt de iure heredis receptæ veterum sententiæ. Heres nihil amplius est, quam successor, is qui in ius succedit, quod defunctus habuit. *L. hereditas*, *D. de reg. iur. L. heres in omne*, *D. de acq. her.* Non potest igitur plus iuris penes heredem esse in his, quæ a defuncto profecta sunt, quam defunctus habuit. *L. nemo plus*, *D. de reg. iur.* Inde dictum, qui in ius dominiumve succedit, eodem iure uti debere. *L. qui in ius D. de reg. iur.* Inde & illud, ex persona heredum non immutari conditionem obligationis. *L. 2. §. ex his*, *D. de verb. obl.* Quare si potestas distrahendi pignoris aut recedendi a venditione nata est a defuncto, cum quo res contracta est; si idem re distracta adversus eam venditionem in integrum restitui non potuit, qui maior erat, quanvis pecuniam aliquo casu non solvisset: omnino ne heres quidem eius poterit, quanvis minor aut pupillus, quocumque casu factum sit, quominus pecuniam solveret: ne incipiat dici plus iuris eos habere in re a defuncto contracta, quam defunctus habuit, aut conditionem obligationis quæ apud defunctum fuerat, ex persona heredum immutari. Quod si quis movetur favore ætatis, quæ hic aliquid omisit in rebus gerendis & pecunia solvenda, is hoc responsum habeat, quod refertur ex adverso in simili specie in *L. 3. D. quib. ex caus. in pos. eat.* per quam [11] iniquum esse creditores sequi conditionem eius heredis quanvis pupilli, cum quo nihil contraxerint: & alibi, heredem in re hereditaria nullo suo privilegio excusari. *L. heres*, in pr. *D. de iud.*

XII. Plane si quid gestum sit cum maiore, cuius gesti incommodum ad minorem pertineat, etiam hic minorem in integrum restitui posse recte placuit. Sic enim vi ipsa res cum minore gesta est: veluti, si [12] in re & caussa pupilli vel adulti tutoribus aut curatoribus conventis contra eos sententia lata sit. Quia enim hinc est in pupillum vel adultum iudicati actio. *L. si se*, 4. *D. de re iud.* Ideo receptum est eos in hac re restitutionis auxilium, non minus quam si adversus ens fuisset statutum, implorare posse: cautum in *L. ult. C. si ad. rem iud.*

XIII. Non solum autem quod cum maiore gestum est, non recipit in integrum restitutionem; sed ne illud quidem, quod gestum est cum minore, si maioris caussa gestum erit, aut maiori quæsitum, sive maior eo nomine in integrum restitui postulet, sive minor ipse qui gessit, ita ut re ipsa & effectu maiori succurratur. Ut puta; maior dominus rem gessit per servum impuberem, aut minori servo concessit liberam peculii administrationem. Quidquid hic servus gesserit, etiam si male: maior dominus ex hac caussa non restituetur. Maioris enim hic res est, non minoris. *L. 3. §. ult. D. de min.* Idemque est, si proponatur maiorem annis viginti quinque negotium aliquod gerendum minori mandasse, & illum in ea re deceptum esse. *L. 4. D. eod.* Sed etsi minor res alienas administrarit domini mandatu, in qua administratione per imperitiam multa male gesserit contrahendo cum aliis; non habebit beneficium restitutionis, quanvis alioqui in rebus ad se pertinentibus suo nomine agere, & iudicio consistere potuerit: quia, inquit Paulus, *eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res fit cessura*. *L. cum mandatu*, 23. *D. eod.* Sed addit hoc ita esse

sasque, nec rationem Pauli improbavit. Neque eà ratione sola motus Imperator quod dies committendi incidit in tempus pupilli, & factum & negligentia sua, & tutoris, ut dies exiret, quæ sola non efficax foret, sed & aliia. Nec in vers. *dicebam* Paulus reprobat sententiam Imperatoris, sed ait alia spectari posse, maxime id quod petendo pretium post *L. Commissam* renunciasse legi videtur *L. pen. de L. Commiss.* Et ita statuit Duar. 4. rationes iunctas in *d. L.* 38. profuisse pupillo (1) quia dies committendi incidit, &c. (2) recessum a lege videtur petitione pretii. (3) durities *L. Commissoria* in proposito (4) Fraus tutorum, qui ut suspecti remoti add. Cuiac. ad *d. L.* 38. P. Gilken. *de Præscript. P. 3. Cap. 1. n.* 37. *& seqq.* Odd. *P. 2. Q.* 86. *Art.* 2. Non ignoro Anton. Fabrum qui hac de re fuse tractat 25. *Err. Prag.* 5. *& seqq.* putare Paulum ab Imperatore plane dissentire, nec germana ratione Antoninum motum esse, quo & ante eum inclinavit Azo in *Summa Cod. hoc tit. n.* 9 Sed ea hic examinare nimis longum foret & tædiosum. Plane quod his ipsis casibus, quibus ex edicto de minoribus non restituitur; ei tamen ex generali clausula *L. 1. Ex quib. ca. mai.* succurratur, ut receptior fert opinio Mauric. *Cap.* 101. *n.* 3. Odd. *d. Q.* 86. *Artic.* 3. meliori iure reprobari videtur a Fr. Curtio Seniore *Cons.* 58. & Ant. Fabro *d. Err.* 5.

11) Et facit *L. 3. Quib. ex ca. in poss. eat.* Et fieri non potest ut lubrico ætatis lapsus sit minor, si nihil ipse contraxerit, sed pater eius, etsi illi heres proponatur, Ant. Fab. 25. *Err. Prag* 5. Unde Cuiac. ad *d. L.* 38. minorem nec ob omissam usurpationem restitui contra usucapionem cœptam adversus defunctum, etsi completa fuerit contra minorem heredem. Male & contra *L. 45. h. t.* ubi necesse est usucapionem defuncto currere cœpisse, cum perfecta sit ante natum postumum. Et alia certe ratio est præscriptionis conventionalis quam vulgo vocant, seu lapsus temporis contractus a defuncto gesti, cuius pars quædam tempus est. usucapionis, quæ non a conventione, sed a lege. A. Fab. ad *d. L.* 38. *& d. L.* 43. Et cum usucapio contra minorem completur, alienasse, & ita cum eo gestum intelligitur *L. 28. de V. S.* Maur. *Cap.* 102 *n.* 13.

12) Et gestum cum tutore iuris interpretatione habetur gestum cum pupillo *L. 5. §. pen. de constit. pec.* Atque hoc ita, si in rem minoris lata sententia *d. L. ult.* id est, si minoris nomine condemnatus tutor vel curator, cum de re eius ageretur, Duar. *ad t. C. Si adv. rem iud.*

esse, nisi eventu damnum minor passurus sit, quia forte quod præstiterit, servare ab eo, cuius negotia gessit, non possit, dum is non est solvendo. Tum enim & res gesta est cum minore, & vere res eius agitur.

XIV. Sane de eo, quod filiusfamilias gesserit, ex quo pater obligari possit de peculio, si filius condemnetur, veluti si culpa damnum dederit: potest [13] pater tanquam defensor filii petere in integrum restitutionem eius nomine quanvis filius restitui nolit: & ita consequi rebus integris, dum filius ex ea caussa non condemnatur, ne ipse ex caussa iudicati teneri incipiat de peculio, qui alioqui condemnato filio tanquam re cum eo contracta teneretur. *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* quomodo Ioannes apud Accursium recte accepit. *L. patri*, in princ. *D. de min.*

XV. Postquam quod cum minore geritur, ad beneficium huius edicti pertinet: quod geritur cum maiore, aut maioris causa, non pertinet: quid dicemus, si negotium quod gestum est, tale erit, ut cœptum sit cum minore, sed desierit in id tempus, quo maior esse cœperat, ut tum perficeretur? an hic initium spectabimus, ut sit restitutioni locus, quasi de eo, quod cum minore gestum est: an vero finem, ut cesset in integrum restitutio tanquam in eo quod cum maiore gestum sit? Et placet [14] extremum spectandum, ideoque restitutionem cessare. *L. 3. §. 1. D. de min.* Merito: tunc enim vere negotium quodque geri intelligitur, cum perficitur. Cuius rei exemplum proponitur tale in *d. L. 3. §. 1.* Minor annis viginti quinque annos forte viginti quatuor agens egit tutelæ cum tutore suo, aut herede tutoris. Iudicio deinde in id tempus extracto, quo actor maior effectus erat annis viginti quinque, factum est postea, ut tutor heresve eius absolveretur aut in minorem quantitatem iusto condemnaretur sententia iudicis. Cum actor non appellasset, desiderabat in integrum restitui, ut sibi iterum de eadem re agere liceret, quia scilicet iudicium cœptum esset cum eo, cum adhuc minor esset; ut verum sit hoc initio inspecto rem cum minore gestam esse. Negavit Celsus restituendum, *d. L. 3.* [15] *§. 1.* quod & constitutum est rescripto Alexandri in *L. 1. C. si ad. rem iud.* Sed hoc Celsus ita temperavit, nisi calliditate adversarii id actum sit, ut iudicium consulto extraheretur in id tempus, cum actor maior esset; quo illi adimeretur facultas restitutionis postulandæ, atque ita adversarius liberaretur. Sic enim vere dicetur totam hanc machinationem, & damnum amissæ actionis fructum esse cum minore. Sed addidit, dolum hunc adversarii probari debere: cæterum leviorem suspicionem eius quasi dolose versati illi non nocere, nec prodesse minori ad impetrandam in integrum restitutionem.

CAP.

13) Et proprium hoc Ius est patris, si ex caussa peculiori filiusfamilias convenitur; non si ex qualibet alia *L. 3. § 4 hoc tit.* A. Fab. ad *d. L. 27. pr.* Mauric. *Cap.* 285. Pet. Barbosa ad *L. 3. & 4. D. Sol. matrim. n. 15. & seqq.*

14) Quia eo ipso comprobavit in minori ætate gesta. Cur enim perficeret, si ratum non haberet, Anton Fab. ad *d. L. 3. §. 1.* Exemplum in *L. 7. §. 1. de lib. ca.* vid. Mauric. *Cap.* 955.

15) Cui tamen obstat §. *sequens* 2. *d. L.* 3. vid. *infra Cap.* 12. *N.* 25.

CAP. VIII.

Adversus quæ facta minoribus sit ex hoc edicto in integrum restitutio.

Augustior ex vi verborum significatio edicti: quod cum minore gestum; *ex usu autem & interpretatione latior*. I.
Definitio superiorum verborum quæ. Tria hinc restitutioni in integrum obnoxia genera factorum. II.
1. *Illa ex quibus, si quæ habuerat, amisit: Hæc cuiusmodi*. III.
2. *Ea, ex quibus, si quæ acquirere poterat, omisit: quæ sint huius generis*. IV.
3. *Cum oneri non necessario se aliquis obligavit: Hoc quale sit*. V.
Superiora facta ut plurimum pertinere ad edictum non ex edicti verbis, sed illius vi potius ex sententia. VI.

I. UT certa persona est, cui hoc edicto tribuitur in integrum restitutio, minor viginti quinque annis: ita certum factum, adversus quod tribuitur. Hoc factum notatur edicto his verbis: *quod cum minore gestum esse dicetur*. Si prætor dixisset, quod a minore gestum esse dicetur: sine hæsitatione diceremus, quidquid a minore factum esset, quo quid illi amitteretur, verbis edicti contineri. Quidquid enim fit a minore, quod ad rerum administrationem pertinet, recte ab eo geri dicitur: quomodo & in edicto de his, quæ metus caussa fiunt, illa verba accepta sunt, *quod metus caussa gestum erit*. Nunc autem ait prætor in hoc edicto, *quod cum minore gestum erit*: quibus verbis significari apparet gestum inter duos, ex quibus gerat quid minor cum alio, alius autem cum minore: neque enim idem duorum personam sustineat, ut idem secum ipse gerere quid dicatur. *arg. in L. ille, 13. §. pen. D. ad Treb. L. quod autem, §. uxori, D. de don. int. vir. & uxor.* Itaque si significationem verborum sequimur, continentur tantum his verbis ea, quæ ab alio cum minore gesta sunt: si quid autem minor per se gessit solus, non continetur. Proinde non continebitur, si quid minor sibi delatum repudiarit; quod solus quisque facit, non cum alio. Non item quasi contractus; veluti si minor absentis negotia gesserit sine mandatu; si hereditatem adierit, qua aditione legatariis etiam ignorantibus, & nihil quidquam cum minore gerentibus se obligavit. Non etiam delicta, ut furtum, damnum datum, & similia, quæ clam, certe minime cum dominis rerum admitti solent. Multoque minus, si quid adversus ignorantem usucaptum sit. Idcirco incidit res in difficultatem, quæriturque, an etiam illa, quæ modo dixi, contineantur hoc edicto, ut ex his pariter restitui possint minores, si quid amiserint; an secus, quia verba edicti deficiant. Et verba edicti superiora sic veteres acceperunt, estque hæc interpretatio cum omnium veterum recepta consensu, tum confirmata innumeris rescriptis Imperatorum, quæ exstant in Codice, ut contineatur superioribus verbis quodcumque minoris factum, quodcumque a minore gestum, quod re amissa desideraret in integrum restitutionem. Id sic interpretatur Ulpianus in *L. ait. D. de min.* & deinceps variis generibus factorum propositis explicat, in quibus omnibus paratam esse ait minoribus in integrum restitutionem. Sed cum sint facta eius generis innumera, & quæ de his collecta sunt ab Ulpiano in interpretatione huius edicti, magis ut quodque maxime dubium se offerebat, quam certo ullo illi constituto ordine sint ab eo tradita: ne qua hic exsistat aut ex infinitate factorum incertitudo, aut ex confusione obscuritas, res brevi definitione inclusa ad suas species revocanda est. Ita fiet, ut rem definitione expositam, partibus finitam certam habeamus.

II. Sic ergo generaliter definiemus, gestum cum minore in hoc edicto accipiendum esse, quidquid a minore factum [1] neglectumve est, quo quid minori exemptum ad alium perveniret. Id quoniam tribus modis efficitur, totidem sunt factorum huius generis species, eædem, in qui-

[1]) Quod geri omissum, videtur non recte gestum dici: Sed contra *L. pen. Cod. hoc tit. & passim*. Quia ut stipulationes faciendi continent, non faciendi §. *ultim. I. de V. O.* ita & hic gestum etiam omissa: Cœptum sane ab acto & contractu subtiliter distinxit Labeo *L. 19. de V. S.* Sed Duar. *hoc tit. ad* verba: *gestum esse dicetur*, & Cuiac. ad *d. L. 7. pr. post* Iac. Labitt. *in indice Pandect.* monent applicandam ei *L. 19.* esse *d. L. 7. pr.* qua ostendit Ulpianus negligi hoc edicto subtilem Labeonis differentiam. Unde generale edictum dicitur *L. necessariis 57. de acq. hered.* Quin & contractum latius pro quovis gesto sumitur, in *L. 11. §. 2. in fin. hoc tit.* Cuiac. *d. loc.* & Pac. 2. Q. 91.

quibus amissionem rei nostræ consistere initio diximus, quas ipsas idem Ulpianus in hac ipsa restitutione minorum perelegantер complexus est in *L. non omnia*, *D. de min* ut sint facta hæc, quæ vindicentur hoc edicto in persona minorum, si hi aut quod habuerunt, amiserint; aut quod acquirere potuerunt, omiserint; aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverint.

III. Amittit minor, quod prius habuit, res alienando; ut donando, vendendo, in dotem dando, pignori obligando, dividendo. Amittit actiones suas remittendo, & debitoribus liberandis: ut iudicio agendo, quo debitor absolutus sit; ut transigendo; ut novando, de qua specie in *L. minor*, 40. *de min.* ut solutam pecuniam a debitore accipiendo. Amittit & tum, cum res suas tempore constituto à possessore usucapi finit, non repetendo. Et in his omnibus in integrum restitutio est. Hinc illi tituli Codicis ad hanc speciem gesti maxime pertinentes, quos illic in hoc argumento legimus isto ordine; melius fortasse collocaturi superiore: Si adversus rem iudicatam; Si adversus venditionem; Si adversus venditionem pignorum; Si adversus donationem; Si adversus transactionem; vel divisionem; Si adversus solutionem; Si adversus dotem: Si adversus usucapionem. Circa quam speciem notandum est, etiam tum recte dici minori rem amissam esse usucapione, cum adversus eum priusquam nasceretur, usucapta est. Ideo & nato postea ex hoc edicto [2] restituendam. *L. etiam*, 45. *de min.* Responsum ex eo, quod qui in utero sunt, cum de commodis eorum agitur, pro iam natis habentur. *L. qui in utero*, 1. & 2. *D. de stat. hom.*

IV. Omittit minor quod acquirere poterat, delata repudiando: ut [3] repudiando hereditatem, bonorum possessionem, legatum, optionem delatam. Ad hanc speciem pertinet ille titulus Codicis, Si ut omissam hæreditatem, vel bonorum possessionem, vel quid aliquid acquirat. Huc etiam referri debet, quod de lucro Ulpianus scribit in *L. ait*, *§. hodie*, *D. de min.* hodie certo iure nos uti, ut & in lucro minoribus succurratur. Est autem lucrum, quodcumque aliunde delatum sine suo impendio acquirere minor potuit. In quo ei succurri nihil aliud est, quam si minor aliquo facto suo id lucrum [4] amiserit, paratum ei esse auxilium, ut id iterum pro vetere facultate amplecti liceat: in quam rem subiiciantur exempla ab Ulpiano eodem loco. Cuius generis lucrum cum sit emptio penes minorem collata, si meliorem conditionem intra calendas attulisset; recte [5] placuit eum si adiectione se ab alio superari passus sit, implorantem in integrum restitutionem audiendum esse, si eius intersit emptam ab eo rem fuisse, veluti, quod maioris eius fuisset: ita tamen, ut id quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori. *L. si in emptionem*, 35. *D. de min.* Omittit minor & allegationem in iudicio, cum quod pro se allegare poterat ad victoriam, imperitia, aut incuria non allegat, & ob id vincitur. Proinde & omissam huiusmodi

[2]) Recte. Etsi hinc rationem dubitandi desumat A. Fab. ad *d. l.* 45 quod ideo ipso iure currere non videatur usucapio. Male vero Cuiac. ut *not Cap praeced. N.* 11.

[3]) Et restituitur quoque minor ad aditionem hereditatis, si conditionem implere neglexit *L.* 3. § 8 *hoc tit.* ubi elegans species, qua nihil gestum cum minore. Etsi enim Prætor heredes non facit, restituit tamen ad adeundum. Quia restitutio reponens in pristinum statum tantum tollat impedimentum, quod aditioni obstabat, Franc. de Caldas ad *L.* 3. *Cod. h. t. in Defunr v lasis n.* 2. Qui de restitutione contra aditionem hereditatis, & ad eam fuse tractat *ibid. n.* 45. *& seqq.* add. Fr. Vivius *Lib.* 3. *Decis.* 441 *n* 17. *& seqq.*

[4]) Ita & Cuiac. ad *d. L* 7. §. 6. *& ibid.* A. Fab. in lucro, id est, tum occasione lucri faciendi non usus, vel eam amisit, per *L.* 17. §. 3. *sub fin de usur.* Et hoc favore ætatis, cum alia restitutio detur adversus damnum. Et re integra maxime, cum res de cuius restitutione tractatur alteri nondum quæsita *L.* 24. § 2. *hoc tit.* Covar. 1. *Var. Resol* §. *n* 8. vid. Mastric. C. 140 *& seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 8 *& seqq.* Tiraq. *de Iure lignag.* §. 35. *Gl.* 2. *n* 7 *& seq* Sed & contra transactionem omissam minorem restitui notant ex *L.* 9. § 2. *in fin. hoc tit.* Hinc cautionem tradunt, ne, cui lis est cum minore, aliquid ei offerat vel transigere instituat. Contra minori suadent ut priusquam litem exerceat, exquirat ab adversario, quanto decisurus sit litem & ab ea discessurus. Nam si postea minor condemnatus iudicio fuerit, ad id posse restitui censent Duar. *ad tit. C. si adv d lict.* f. 104. Fr. Cremens. *Singul.* 29. ita se obtinuisse testans in ardua caussa Odd. *P.* 1. *Q.* 66. *Artic.* 5 qui tamen iudici expendendum tradit, an minor dolo vel imperitia transactionem oblatam non acceptaverit. Et A. Fab. *ad d.* §. 2 *in fin* etsi restitutio dari nequeat, ad id, ut possit transigere post iudicatum contra *L.* 11. *de transact. & sim.* cum & nemo cogi possit, ut transigat *L.* 13. *Cod. de trans.* dari tamen ad hoc ut quamvis ad amplius condemnatus, non plus præstare debeat, quam præstiturus, si transigendi occasionem non neglexisset. Verum hæc ita generaliter magno errore probantur. Nam *d.* §. 2. *in fin.* loquitur de pœna dupli, quæ est extra rem, in quo non vertitur damnum adversarii, nec restitutione minoris illi fit iniuria. Satis vero iniquum, si ei qui non tam caussæ suæ diffidens, quam odio & execratione litium verecundia *L.* 4. §. 1. *de alien iud mut.* cum actionem ad 100 contra minorem haberet 60 se accepturum & litem derelicturum obtulit, nec auditus est, tractatio transactionis fraudi sit. Nam eo ipso quod condemnatus minor, creditur vere debuisse, quia sententia pro veritate habetur. Nec contra verum debitum minori succurritur *L.* 9. §. 6. *de adminis tut.* nec lucrum is ullum captare debet, cum adversarii iniuria *L. un. Cod. de reput. quæ fiunt &c* vid. Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t in Defunt.* verbo: *sua facilitate n.* 29.

[5] Quam contra Cuiacium exponit Ant. Fab *ibid.* non de præferendo minore posteriori licitatori, offerendo tantundem; sed restituendo contra venditorem solum. Ne res cuius iam dominus & possessor effectus per verba; *penes se collocatam*, a venditore minori tanquam meliore conditione allata avocetur, vid. *idem* 23. *Err. Prag.* 3.

di [6] allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest, ait Paulus *L. min. 36. D. de min.*

V. Oneri non necessario se obligat minor ea faciendo, ex quibus obligatio nasci solet; puta contrahendo, quasi contrahendo, delinquendo. Contrahendo: ut promittendo, vendendo, transigendo, iudicium [7] suscipiendo, quo condemnatur: nam & iudicio contrahitur. *L. 3. § idem scribit, D. de pecul.* Quasi contrahendo; ut, hereditatem adeundo, quo facto se legatariis & æri alieno obligat. *§. heres, Inst. de obl. quæ quas. ex cont. nas. L. more, 8. D. de acq. her.* Aut legatum agnoscendo, ut servum suum manumittat: de qua specie est in *L. si minor, 33. D. de min.* Delinquendo; ut si damnum dederit iniuria sine dolo malo, atque hinc quoque in integrum restitutio. Et ad hanc speciem hi quoque Tituli Codicis pertinent: Si adversus rem iudicatam; Si adversus venditionem; Si adversus transactionem; Si ut minor ab hereditate se abstineat; Si adversus creditorem: huc pertinent. *L. si minor, 34. § 1. L. patri, §. 1. L. ait, 7. §. non solum, 2. D. de min.*

VI. Sunt ergo hæ factorum species, quæ existimatæ sunt hoc edicto contineri, & ad eius restitutionem pertinere. Et continentur verbis sine dubio illa facta omnia, quæ aliis cum minore intercesserunt, ut sunt minorum alienationes, & contractus cum his habiti: hæc enim vere cum minore geri dicuntur. At cum constet neque minorum repudiationes, neque quasi contractus, neque delicta esse facta eiusmodi, in quibus dici possit minor quid cum alio gerere, aut alius cum minore: perspicuum est ea his verbis edicti non contineri; *quod cum minore gestum esse dicetur.* Quod si non continentur, unde hæc interpretatio accepta, ut existimentur contineri? Unde illud Ulpiani tanquam ex verbis; *Gestum sic accipimus, qualiter qualiter: sive contractus sit, sive quid aliud contigit? d. L. ait, de min.* Sumptum hoc recte ex verbis, ut veteres acceperunt: non tamen ut significatio ipsa verborum spectaretur; sed ut vis & potestas verborum, id est, effectus rei, quam verba exprimunt. Scitum est illud Celsi; *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. L. scire, D. de legib.* Vim ac potestatem legum dixit id, quod leges verbis spectarunt, quod verbis efficere voluerunt, id est, sententiam. Hoc si spectatur in hoc edicto; vere dictum est ex sententia quidem edicti, sed tamen prius ex verbis quæ hanc sententiam indicant, gestum cum minore sic accipiendum, omne minoris factum, quo quid amitteret, etiam si per se solus quid fecerit, non alius quisquam cum minore. Cur enim illa, quæ geruntur cum minore rerum translationes, liberationes, contractus, restituuntur in integrum beneficio huius edicti? Non propter hæc ipsa facta, quæ si per se spectantur sola, nihil plane ab aliis differant, quæ non merentur in integrum restitutionem: sed quia his factis aliquid abest minori, quod per eam caussam ad alium perveniat: unde & hoc postulatur, hoc etiam æquum est, ut amissum ad minorem redeat. Atqui in repudiationibus minorum, in quasi contractibus, in delictis idem est eventus illorum factorum. Nam repudiando amittit minor, quod sequenti loco sibi delatum alius occupat: se obligando & vetere libertate excidit, & simul facit, ut alii actio adversus se acquiratur, ut propter affinitatem summam non male dici possit ea acquisito alterius geri cum minore, quæ a minore tanquam rem tradente accipitur. Res igitur in his factis, seu vis & potestas horum factorum eadem. Quapropter in eadem re, & eodem effectu sententia & voluntas prætoris eadem. In eadem sententia ius idem: quia id ius est, non quod lex scripsit, sed quod voluit. *L. non dubium C. de legib.* Quod ipsum tamen quia ex verbis non obscure intelligitur, recte dicitur & hoc acceptum ex verbis. Idque in repudiationibus, & similibus factis, quæ cum alio non intercedunt, tanto magis admittendum est, quod quæ geruntur duo-

6) Allegatio pertinet ad omnem exceptionem dilatoriam, aut Duar. *ad 1 C. ad rem iud* item declinatoriam, quando non declinasse iudicium nocet. Secus quando non interest magis in uno iudicio litigari, quam in alio. Caldas *ad L 3 C. h. t. in Defnit. verbo vel adversarii dolo n. 11.* Nam & alias cum adversus exceptionem omissam restitutio petitur, perscrutatio necessariæ an legitimæ exceptionis omissæ, & an probatæ minoris intentionem confirmare possint. Ut non audiatur si, vel exceptio elidi possit, vel aliunde intentio eius satis fundata, vid. Mauric *C. 50. n. 10.* add Imbert. *Enchirid. iur Gallia lit. M pag. 241. & seq.* & communem dicit, sed non servari, Trentac *lib 2. Pract Resol Tit. de excep Resol. 1 n 34* Sed & restitutio datur minori, si iudicem recusavit, nec intra tempus præscriptum terminari curavit, aut si non satis mature suspicionis exceptionem obiecit, Caldas *d. loc. n 16.* Mauric. *Cap. 153* De restitutione contra probationes & exceptiones omissas aliave neglecta in iudiciis plurimus Caldas *d. loc. n. 19. & seqq.* Odd. *P 2. Q 64 & seqq* Cæs. Contard. *in L diffamari C. 3. n. 66. & seqq.* Io. Bapt. Asin. *Praxi iudic §. 13, C. 2. vers sequendo.* Trentac. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit de excep. Resol. 1. n 22 & seqq.*

7) Item compromittendo *L. 34 §. 1 h. t.* quia melior conditio est bonam caussam foventis, si ordinario iudicio rem persequatur, quæ via firmior & tutior, Mauric *C. 56.* Caldas *in Defnit verbo: sua facultate n. 5* excipiens nisi vigore statuti, forte quia lis inter coniunctos, ad hoc adstrictus minor.

duorum consensu, qualia sunt, quæ geruntur cum minore, difficilius invito adversario rescinduntur. *L. sicut, C. de obligation. & actionib.* Quod si in his factis non tanta affinitas esset cum superioribus quanta est: tamen ad hoc ut edictum ad ista transferretur, sufficeret dici in his eandem rationem esse: ut in illis idem ius admittendum esse colligeremus. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Nunc cum ea sit omnium affinitas, quam dixi, quæ in omnibus eandem amissionem, & eandem in alium translationem suo quodam modo constituat: haud abs re est, quod omnia hæc ex verbis edicti accipi veteres voluerunt, quando accipiuntur non minus ex verbis, quam ex sententia. Illud constat cum minore gestum nullo modo videri, si curator eius absente eo apud prætorem a cura sit excusatus; quia neque hic quidquam factum a minore est, neque neglectum, quo illi exemptum ad alium perveniret. Idcirco quanvis curator perperam sit excusatus, tamen placuit nullas hic partes esse prætoris ad minorem restituendum in integrum: sed principem intervenire, & reducere eum ad administrationem, qui perperam excusatus est. *L. verum, §. ex facto, D. de min.*

CAP: IX.

Quæcunque facta minorum sint, adversus ea nullam esse in integrum restitutionem beneficio ætatis, nisi his factis minores læsi sint. Et quibus modis fiat, ne lædantur, ut vel hinc restitui non debeant, vel his non sit restitutio in integrum necessaria.

Nulla minoribus est in integrum restitutio, cum nulla adest eorum captio, seu læsio. Quominus lædantur fieri natura vel iure. I.
- Natura *quomodo: quæ id genus facta seu species; & quare in his sit deneganda minoribus restitutio.* II. III.
- Iure, *quomodo: interest utrum id genus facta in faciendo vel in omittendo consistant.* IV.
- *Priore a minore nata quominus noceant, accidit ex triplici caussa, & nunquæque qualis.* V.
- *Posteriora num minoribus noceant, ex genere factorum quæ omittuntur, æstimari.* VI.
- *Hæc eadem aut ad res delatas acquirendas, aut ad retinendas acquisitas pertinere.* VII.
- *In priore genere præcedens factum, cuius omissio minores non lædit, tres caussæ desiderant: quæ illæ.* VIII.
- *In posteriore facti omissionem non nocere minori in præscriptionibus temporalibus, præterquam in exceptionibus 30. vel 40. annorum.* IX.
- *Quæ aliæ præscriptionum genera excipiantur.* X.

Minor quando læsus, sive damnum passus ita, ut inde in integrum ex hoc edicto restituatur. XI.
Ad restitutionem nihil refert damni quantitas (magnum damnum quod sit) XII. XV.
- *Nisi de distractione pignoris agatur facta auctoritate magistratus.* XII.
- *Triplex in pignoribus minorum distractis habenda distinctio quoad restitutionem in integrum, & quæ.* XIV.
- *Item nisi de pupilli re agatur recte vendita, quæ sit huiusmodi.* XV.

I. Non tamen ut quidque eorum, quæ supra diximus, a minore facta erunt, continuo adversus ea restitutioni locus est. Conditio addita est edicto, quæ rem temperet, dum quod cum minore gestum erit, pollicetur prætor se animadversurum, emendaturum, uti quæque res erit: quod valet, ut initio interpretati sumus, prout res quæque & caussa de qua agetur, postulare videbitur, id est in summa, prout æquum & bonum erit, & res feret in integrum restitutionem. His verbis duæ continentur circumstantiæ facti, duæ conditiones, quibus prætor auxilium hoc edicto polliceri intelligitur. Una est, si minor cum quo quid gestum est, eo facto

facto captus [1] læsusve erit. Altera, si læsus erit lubrico ætatis & sua facilitate. Primum ut captus læsusve sit, oportet. *L. verum*, §. *sciendum*, *D. de min. L. minoribus*, *C. de in int. rest. min. L.* 1. *C. de temp. in integ. restit.* Proinde qui læsus non est, non habet in integrum restitutionem. Quod generibus propositis eorum qui non læduntur, & eorum generum iure cognito facile intelligetur. In rebus gerendis quo minus læditur minor, duobus modis efficitur, ac totidem accidit, ut cesset restitutio. Efficitur autem aut natura ipsa rei, aut iure. Illo fit, ut minor restitui non debeat, quanvis sit, quod rescindi possit: altero, ut non sit ei in integrum restitutio necessaria, atque adeo res ipsa non ferat rescissionem, eoque nec restitutionem.

II. Natura rei gestæ non læditur minor, cum quod eum eo gestum est, valet iure: sed gestum sine damno eius contingit; dum puta, abest quidem & quid de suo, sed pro eo amplius quid accipit, aut accipit tantundem sine incommodo. Exempla hæc sunt: minor rem aliquam suam donavit ita, ut iure transferret: sed remunerationem accepit aut parem, aut maiorem. Rem vendidit tutore aut curatore auctore; sed vendidit iusto pretio, & rem qua carere potuit. Iisdem auctoribus pecuniam a debitore solutionis caussa accepit, atque ita debitorem liberavit: sed eam pecuniam adhuc apud se habet, aut ea in rem eius versa est. Hereditatem repudiavit; sed damnosam. Contrahendo obligatus est; sed eo genere commercii, ex quo adversarius vicissim aut tantundem debet, aut amplius. Ex caussa mutui obligatus est, sed pecuniam habet: aut ex ea locupletior factus est, quæ species est *L. patri*, §. 1. *D. de min.*

III. In his omnibus non restituetur minor, ut quod cum eo gestum est, invito adversario rescindatur. Quippe his rebus captus non est, & ut captionem nunc intelligi volumus, non est læsus. Hic autem minores ex edicto impetrare non debere in integrum restitutionem probat Paulus in *L. quod si*, §. *non semper*, *D. de min.* idque ex sententia edicti his argumentis duobus colligit; & quod hic restitui minores non sit æquum, & quod minoribus ipsis sit inutile, atque adeo damnosum. Horum utrumque edicti sententiæ adversari pro certo sumit, & verum est. Pollicetur enim prætor in integrum restitutionem, si res postulabit: at postulat, si æquum est concedi, non aliter. Pollicetur restitutionem minoribus; sed certo consilio, nempe ut ipsis consulat. *L.* 1. *D. eod.* cui contrarium est aliquid inducere, quod minoribus noceat. Iam vero illud constat non esse æquum libidini minorum permitti, ut quoties hos visum erit gestum rescindere id facere possint in necem alterius nullo suo lucro. Malitiosa potius hæc postulatio est cui minime est indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Sed & hic minoribus restitutionem, concedi, non aliis magis, quam ipsis sit inutile: quin potius, inquit Paulus, si ea quæ cum minoribus geruntur, semper rescindi poterunt, hoc incommodo magno huius ætatis homines afficientur, quod nemo cum his contrahere quid aut gerere audebit, atque ita quodammodo commercio eis interdicetur. Sive enim ipsis expediet res aliquas vendere, non reperient emptorem, ubi nemo sit, qui audeat accedere ad emptionem; sive volent ab aliis emere res necessarias, non habebunt, qui vendant, dum omnes metuent quidquam illis credere: quo incommodo nullum maius adversus minores constitui potuit. Bene igitur, & convenienter edicti sententiæ, in his caussis negant veteres in integrum restitutionem minoribus ad ea rescindenda quæ cum ipsis gesta sunt concedi oportere.

IV. Iure fit, ut non lædatur minor, cum ea fiunt, quæ si gerantur a maioribus iure rata sint, & eos lædant: eadem si fiant a minoribus, iure his non noceant, dum in horum persona pro infectis habentur. Quod cum accidit, perspicuum est

[1]) Etsi damnum, non pecuniarium, sed vel affectionis saltem ratione intersit, ut si res vendita maiorum eius fuit *L.* 35. *h. t.* (etsi casum ibi specialem esse velit, Raudens. *Decis. Pisana* 12. *n.* 58. add. A. Fab. 23 *Err. Prag.* 3.) Facit *L.* 22. vers. *necu. domum*. *C. de admin. tut.* Confer de affectione in avitas possessiones Tiraq. *de Retr. lignag. in Præfat* n. 64. *& seq.* Guth *in not. d. L.* 22. Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 23. Item si emendo incidit in vicinum malum, malamve loci, aut aeris temperiem, Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 10 *n.* 86. & seq Mennch 3. *Præsumpt.* 83. Confer Tiraq *de Pæn. temper caussa* 23 Coras 1. *Misc.* 20. *n.* 5. *&* 6 Vel si intersit eius litibus non vexari, *L.* 6 *h. tit.* vid. Mauric. *Cap.* 233 Læsio autem æstimanda tempore contractus, non petitæ restitutionis, ut si rem iusto pretio ex necessitate minor vendidit, cuius postea valor crevit, quia pretia rerum subinde mutantur, Sich. *ad L.* 5. *C. de in int. rest. n.* 2. Odd. *P* 1 *Q.* 4. *Art.* 11. *n.* 95. Unde Vasq *Contr usu freq.* 67. *n* 8. *& seq.* restitutionem non dari, si læsio postea emerserit. Enimvero læsio tamen ab initio intelligitur, quoties id fecit minor, ex quo potest lædi; licet nondum lædatur, quia debuit prospicere quod potuit evenire *L.* 11. §. 5. *in fin. L.* 34. §. 1. *h. t.* arg. *L.* 9. §. 1. vers. *idem quærit Locat.* Ant. Fab. *ad d. L.* 34. §. 1. Et sic læsio præsens, etsi damnum futurum quantumvis incertum metuatur, ut si obligationem conditionalem suscepit ante conditionis eventum, vid. Odd. *d. Art.* 11. Ipse enim metus, per se læsio satis est. Sicuti & metus præsens dicitur futuri periculi *L.* 10. *pr. Quod met. ca.* iunct. *L.* 1. *eod.*

est in re minoribus iure communi integra non esse his necessariam in integrum restitutionem: quod argumentum est illius Tituli Codicis, *In quibus caussis in integrum restitutio necessaria non est*. Sed quid dicimus in his non esse in integrum restitutionem necessariam? Immo, ut supra attigi, ne res quidem ipsa hic admittit natura restitutionem in integrum: cum prius sit omnino, ut quid amissum sit, & integrum esse desierit, quam ut amissum restituatur in integrum. *L.* 2. *C. eo. Tit.* Nunc autem in his rem integram minoribus manere ponimus. Quæ demum facta maioribus damnum rei suæ adferunt, ea in persona minorum non eodem iure habentur; ut his non noceant? Interest, utrum quæ iure maioribus nocent, faciendo noceant, an quid non faciendo, seu omittendo: faciendo nocent ea, quæ facto ipso ad deminutionem rerum comparata sunt, ut simulatque vel semel facta sint, eam deminutionem secum ferant: huiusmodi sunt alienationes rerum nostrarum, debitorum liberationes, rerum delatarum repudiationes, contractus cum aliis interpositi. Hæc cum a maioribus recte gesta sunt, valent, eosque tenent. Eadem facta in rerum minoris administratione non item. Et si quidem alius in rebus minorum illa tentavit; par hic maiorum & minorum caussa, ut nemo alieno facto lædatur: non enim quisquam alterius conditionem facere potest deteriorem. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Proinde in his adversus alienum factum non indiget minor in integrum restitutione: veluti, si pater res filii emancipati minoris donaverit, quo facto illi eas auferre non potuit: de quo in *L.* 2. *C. si adv. don.* aut si is qui vere tutor non erat, tanquam tutor nomine pupilli iudicio egerit, & sententia contra eum lata sit, quæ pronuntiaret rem pupilli non esse, aut pupillo nihil deberi: de quo in *L.* 4. *C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Quod si hæc gesta erunt ab ipso minore; fit interdum, ut valeant iure: quo casu etiam restitutioni locus est: veluti, si adolescens curatorem non habens vendidit, quod sine decreto alienare poterat: cautum *L.* 3. *C. de in int. rest. min.* Sed accidit ut plurimum, ut eadem illa a minore nata iure non consistant: quod cum sit, eodem tempore evenit, ut cesset in integrum restitutio, utpote inutilis & supervacua.

V. Accidit autem id aut ex persona gerentis minoris, aut ex re quæ in contractum alienationemve deducitur, aut ex contrahendi modo. Ex persona minoris; si pupillus alienarit quod, remiserit, repudiarit, contraxerit sine tutoris auctoritate: sine qua certi iuris est pupillum conditionem suam deteriorem facere non posse. *Inst. de auct. tut. L. obligari. D. eod.* aut si adolescens curatorem habens eadem facere instituerit sine auctoritate curatoris: quamobrem & in his caussis removetur in integrum restitutio in *L. in caussæ*, 2. *D. de min.* & *d. L.* 3. *C. de in integ. rest. min.* Idem, & si minor viginti annis servum manumiserit aliter quam vindicta *L.* 3. *C. si ad. lib. §. eadem, Inst. quib. ex caus. man. non lic.* Inde etiam sententia adversus indefensos minores lata, non est his necessaria restitutio in integrum, quia sententia ipso iure nullius momenti est. *L.* 4. *C. si ad rem iud. L. contra, D. de re iud.* Ex re in contractum aut alienationem deducta; cum ea res minoris deducta est, quæ [2] alienari vetatur sine decreto: cuiusmodi sunt prædia minorum; item ex rebus mobilibus eæ, quæ asservari possunt, nec corrumpuntur tempore, ut vasa aurea, argentea, monilia. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. L. lex quæ, C. de adm. tut.* Propone ergo quid eorum alienandi caussa traditum, aut distractum a minore: quanvis tutore aut curatore auctore gestum erit, tamen quia ius alienationem & distractionem inhiber, auxilium restitutionis in hac re non est necessarium. *L.* 2. *C. si adv. don. L.* 2. *L. si quidem, C. de præd. min.* Ex contrahendi modo item accidit, si in contractu bonæ fidei deceptus sit minor dolo adversarii in hoc, ut contraheret: puta ut venderet rem, falso de vitio eius persuasus, quam alioqui venditurus non esset; aut ut societatem coiret cum homine paupere, qui de suis facultatibus multa mentitus persuaserat se eum esse, cum quo societas utiliter coiri posset. Sunt hi contractus huiusmodi, ut quanvis tutoris aut curatoris auctoritas accesserit, tamen ipso iure nullius sint momenti: nam & hoc inter maiores ius est. *L.* & *eleganter*, in pr. *D. de dol. L.* 3. *§. ult. D. pro soc.*

2) Vid. *supra Lib.* 9. *Cap.* 10. *n.* 13. & *seq.* add. Elb. Leonin. 3. *Emend.* 3 Octav. Simoncell. *Tr. de Decret. & solemn. in contract. minor.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bo. mat. p.* 3. *n.* 31. & 2. *seqq.* Gomez. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 13. & *seqq.* Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Princ.* 8. *Ill.* 54. & *seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 9. Posse tamen disiunctim revocationi rerum alienatarum restitutionem in integrum coniungi, ac ut vocant, cumulari volunt Pr. Sarmient. *de Reditib. ecclesiast. P.* 1. *C.* 4. *n.* 13.

L. in causſæ, 2. *D. de min.* Qua rursum de causſa in hac specie, ut & in superioribus, denegatur minori ita decepto auxilium in integrum restitutionis in *d. L. in causſæ*, 2. *de min.* nempe ideo, inquit Ulpianus, quia in his minor satis ipso iure munitus sit, ut hic non desideret extraordinarium auxilium prætoris. Si quid in cæteris contractibus dolo adversarii deceptus gesserit minor, aut in ipsa etiam emptione deceptus sit in pretio, ut vel pluris emeret, vel minoris venderet, quod alioqui erat empturus, aut venditurus; dum cætera concurrant, quæ efficiunt, ut minor obligetur, valet contractus ipso iure: sed decepto est doli exceptio aut in factum rebus integris. *L. si quis cum aliter*, *D. de verb. obl. L. dolo*, *C. de inut. stip.* si quid autem ex ea causſa præstiterit, competit ei condictio: sic tamen utrumque, ut nihilominus minor possit ex his causſis in integrum restitui: hoc in *d. L. in causſæ*, illic, *Pomponius quoque*. *D. de min.* Quod ideo recte placuit, quia & prioribus remediis non est munitus minor ipso iure, & plenius est beneficium in integrum restitutionis: quo uti licet adversus omnem possessorem, ad quem res minoris pervenit, quanvis extraneum, ut suo loco dicetur, cum superioribus remediis locus non sit nisi adversus eum, cum quo contractum est, aut heredem eius.

VI. Quæ non faciendo maioribus nocent ad rerum suarum deminutionem, omissiones sunt rerum ad aliquid habendum iure necessariarum: dum scilicet ut res aliqua a nobis habeatur, ius aliquid fieri vult, & id omittitur. De his omissionibus licet in universum ita definire, maioribus quidem, quos vis, aut dolus, aut absentia non prohibeat, eas rei habendæ damnum adferre: minoribus autem præterquam paucis admodum in causſis omnimodo non nocere. Id harum omissionum species indicabunt: quas cum necesse sit tot esse, quot sunt eorum factorum, quæ omittuntur; eas ex his factis æstimemus.

VII. Eorum vero factorum, quæ iure ad aliquid habendum exiguntur, duo sunt genera: quædam enim pertinent ad res delatas acquirendas, quædam ad iam quæsitas retinendas.

VIII. In rebus delatis acquirendis tres causſæ sunt, quarum singulæ eiusmodi aliquod factum præcedens iure desiderent, quo delatum acquiratur, neque plures mihi nunc occurrunt; neque adeo plures comprehensas legimus constitutionibus Imperatorum ad definitionem huius generis. Una causſa est, in qua agitur de hereditate eius, qui a familia occisus esse dicitur. De ea hereditate ita cautum est S. C. Silaniano, ne quis heres ante adeat hereditatem, quam de familia quæstio habita, & de consciis supplicium sumptum fuerit. Proinde qui adire volet, curare iubetur, ut hæc ita fiant. Qui hoc omisso hereditatem adierit sciens, placet ei tanquam indigno hereditatem auferri, & fisco vindicari. *L. 3. §. quod ad causſam*, *L. 5. §. 1. D. de sen. Sila.* Altera causſa est, in qua agitur de hereditate filii intestati mortui, cui mater superstes est. Hæc ad filii successionem vocatur S. C. Tertylliano: sed ex constitutionibus hac conditione, dum filio viventi petierit idoneos tutores, vel prioribus excusatis reiectisve confestim aliorum nomina ediderit. Ni hæc ita fecerit, cavetur epistola Severi, ne ius habeat vindicandorum sibi bonorum intestati filii: refertur epistola pene totidem verbis in *L. 2. §. 1. D. qui pet. tut.* & *L. 2. §. si mater non*, *D. ad Tertyl.* Tertia causſa est, cum in bonæ fidei contractibus aut legatis agitur de usuris pecuniæ aut fructibus rei debitæ. Hæc in his iudiciis etiam ante litem contestatam deberi placet; sed ex mora. *L. mora*, *§. in bonæ*, *L. usuræ*, *D. de usur.* Proinde & hac conditione iure communi, si debitor interpellatus sit, nec solverit: sic enim fit mora iure communi. *d. L. mora*, in princip. *D. de usur.* Quo fit ut omissa interpellatione quemadmodum mora non fit: sic nec debeantur usuræ aut fructus. Et maioribus quidem omnes istæ superiorum factorum omissiones nocent, ac superiorum rerum alioqui iure delatarum damnum inferunt. Minoribus vero, ut proposui, omnino non nocent: ut & frustra in his desiderent in integrum restitutionem. Sit ergo minor eius defuncti heres, qui a familia necatus fuit. Is quæstione de familia non habita, aut nondum de his sumpto supplicio, hereditatem adierit, pro herede gesserit. Placet nihil ei obesse ultionis istius omissionem, 3 quominus heres factus hereditatem iure obtineat. *L. 1. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Sit mater filii minor, quæ tutores impuberi, dum viveret, non petierit. Placet 4 non ideo ei denegari filii intestati successionem. *L. ult.*

3) *L. minoribus 6. C. de his quib. ut indig.* Duar. *ad d. L. 1.*

4) Vid. Francisc. de Caldas *ad L. 3. C. h. tit. in defin. v. vel adversarii dolo n. 64. & n. 67.*

ult. C. si adv. del. Sit minor creditor, qui legati debitorem, aut eum qui ex bonæ fidei iudicio quid debeat, non interpellarit, ut solveret. Cautum est in *L.* 3. *C. in quib. causs. in integrum restitut. nec. non est*, in minorum persona re ipsa & ex solo tempore tardæ solutionis moram fieri in iis iudiciis, quæ ut aliquid incipiat deberi, moram desiderant, idest, in bonæ fidei contractibus, fideicommissis, & legatis: ut intelligamus scilicet, in his iam inde a principio, ex quo quid minoribus deberi cœpit, tanquam mora facta, usuras & fructus accedere, quæ minoribus præstari debeant. Quod plane nihil aliud est, quam omissionem interpellationis eius, quæ ad moram requiritur minori non nocere, quominus & sine interpellatione cuiusquam a debitore eius mora fiat. Unde & hæc species relata est inter eas caussas, in quibus non est necessaria minoribus in integrum restitutio. Extat enim, ut dixi, rescriptum in *L.* 3. *sub eo Titulo Codicis*.

IX. Ad res quæsitas retinendas facto opus est iure in actionibus. Omnes enim, ut nunc ius est, intra certum tempus dantur, sive quæ iam olim ab initio intra certum tempus constitutæ sunt, sive quæ simpliciter propositæ sunt ab initio, perpetuæ, Nam & hæ postea intra triginta annos ut plurimum conclusæ sunt constitutionibus: nullæ nisi in persona civitatum annos quadraginta excedunt. Hæc ipsa temporis præfinitio in omnibus hoc dictat, ad actionem quamlibet retinendam creditori hoc facto opus esse, ut ea intra tempus constitutum experiatur: ni faciat, aut ipso iure finiri actionem tempore, aut præscriptione temporis summoveri. Et hoc quidem ita ius est in persona maiorum. Minoribus vero hæc eadem cessatio nihil nocet, quominus & post constitutum tempus actiones integras retineant; ut nihil hic indigeant ad eas tanquam tempore amissas recipiendas in integrum restitutione: exceptis quibusdam caussis, de quibus paulo post. Et hoc est, quod [5] dicitur, tempus præstitutum ad agendum minori non cedere: tempus minoris ætatis non imputari in id tempus, quod lege præstitutum est, seu præscriptioni temporis non imputari: temporales præscriptiones minoribus non currere: quæ omnes formulæ sunt eiusdem rei, & in locis subiectis ad hanc speciem pertinentibus legenti occurrent. Exempla hæc sunt. Quibus querela inofficiosi testamenti competit, his data est, intra quinquennium, ex quo hereditas adita est: quo tempore exacto maioribus querela amittitur, seu his præscriptio quinquennii obiicitur. *L. si quis filium*, in fin. *C. de inoff. test. L. Papinianus*, in fin. & §. *si conditioni, D. eod.* Si hæc minoribus competiit, de ea ita scriptum est in *L.* 2. *C. in quib. caus. in int. rest.* nec. non est. *Adolescentiæ tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius præscriptio feram in officiosi quæstionem moventibus opponi solet. Impleta igitur ætate legitima non est in integrum restitutio necessaria.* Nam quod scriptum est in *L.* 1. *C. de in integ. rest. min.* inofficiosi querelæ renuntiari posse a minore & palam, & tacita dissimulatione: dissimulationem [6] accipiemus,

5) At cur hic illæsi servantur minores ipso iure potius quam in contractibus? Duar. *ad L. ult. C. quib caus.* Respondet. Quia hæ præscriptiones ex quodam iuris rigore profectæ quodammodo odiosæ. Durum namque est solo temporis lapsu iure suo privari. Ideoque aliud in præscriptionibus, quæ ex conventionibus contrahentium nascuntur *L.* 38. *h. tit.* vid. *supra C.* 7. *n.* 11. *& infra h. C. n.* 10. De præscriptionibus contra minores fuse, Vasq *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 39. *& seqq.* Mauric *h. Tr. C.* 94. *& seqq.* Odd. *P.* 2. *Q.* 88. *& seqq.* Gilken. *de Præscr. P.* 3. *C.* 1. *n.* 63. *ac seqq.*

6) Ita & Duar. *ad L.* 2. *C. in quib. ca. in int.* Renunciatio tacita quæ in re ipsa sine verbis fit, veluti acceptatione legati &c. & relati ab Oddo *P.* 2. *Q.* 85. *Art.* 5. Modæ *ad d. L.* 1. Sed Sich. *ibid n.* 3 hoc non convenire voculæ *dissimulatione*. Quare *d. L.* 1. correctam esse per *d. L.* 2. Quod minime dicendum. Sed Mauric. *C.* 149 *n* 8. *&* 9. dissimulationem quidem exponit lapsum temporis. Ast non ideo adversari putat *d. L.* 2 quin idem utrobique disponi. Nam, verba *nec hoc autem d. L.* 1. convincere quod ipso iure sit tutus. Nec verba *auxilium quod ætati* significare restitutionem in integrum, sed quod Lex nolit præscriptionem currere, alias *d. L.* 1. ipsa secum pugnaret. Nam caderet hoc in personam minoris, quod deinde subduceretur per in integrum restitutionem. Convenit Fr de Caldas *ad L.* 3 *C. de in int. restit. in defin s. v lapsus n.* 29 Auxilium, inquit, ætatis *d. L.* 1. non significat restitutionem, sed privilegium ætatis, quo in favorem minoris statutum est tempus ei non currere. Quod licet Bartolo displiceat, quia adversetur proprietati verbi, nec congruat titulo sub quo lex posita, tamen, ut sopiatur LL. contrarietas, improprietas ferenda Expressa autem renunciatio cum in minoris personam cadat: in ea necessariam restitutionem esse Imperator respondit. Nec alienus est Ant. Fab. *ad L.* 37. §. 1. *D h t.* nisi quod hic priorem vers. ita accipere videtur, quod sive hoc, sive illo modo renunciatum sit, restitutio cesset. Subiungit, in vers. *nec hoc autem*, quod lapsu temporis quæ fit renunciatio non obtineat in minore, propter auxilium ætatis, quo ipso iure tutus est Sed hac ratione L plane fugitiva erit. Quare hic aptior sensus: Cum quæritur an restitutioni locus contra renunciationem querelæ, *inspiciendam an palam*, id est distinguendum inter apertam renunciationem verbis vel factis claris ostensam. Nec enim minus apertum dicitur, quod facto declaratur. Et tacitam dissimulationem, id est, quæ sine verbis & ullo facto ex sola negligentia & omissione inducitur. Ita enim dissimulatione dicitur soli iniuria §. *ult. I. de iniur.* si non ad animum revocet vel annum labi patiatur. *Nec hoc autem*, id est in priori parte distinctionis necessaria restitutio, in posteriore non item, sed nec id cadit in personam minoris &c. Utut sit illud, constat contra renunciationem querelæ expressam minorem restitui *d. L.* 1. ut & contra facta illa quibus voluntas defuncti agnoscitur, Mauric. *d C.* 149. *n.* 11. quæ facta *supra Lib.* 19. *C.* 6 In quo evidens inter querelam & actionem iniuriarum discrimen, ut apparet iunctis iis quæ *infra C* 12. *n* 9 Et inconcinne Cuiac. 17. *Observ.* 17. similitudinem utriusque ex *d. L.* 1. comprobat.

Et

mus, non omiſſionem minoris: qua intra quinquennium non agitur de inofficioſo: ſed factum aliquod eius, quo iudicium defuncti agnovit: cuiuſmodi multa facta ſunt, quibus magis tanta diſſimulatione iniuriæ, quam aperta teſtatione huic querelæ renuntiatur, ut proponuntur in *L. nihil intereſt* 12. *L. ſi is, qui admittitur*, 31. *§. ult. L. ult. D. de inofficioſo teſtamen.* Similis temporis præfinitio eſt ad res noſtras repetendas, quæ ab aliis iuſte poſſidentur, decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. Poſt quod tempus res poſſeſſa tranſit in ius poſſeſſoris, naſciturque ei longi temporis præſcriptio, qua prior dominus ſummovetur. De ea ita eſt reſcriptum in *L. 3. C. quib. non ob.* long. temp. præſ. *Non eſt incognitum id temporis, quod in minore ætate tranſmiſſum eſt, longi temporis præſcriptioni non imputari. Ea enim currere incipit, quando ad maiorem ætatem dominus rei pervenit.* Sed hoc de præſcriptione longi temporis dictum eſt, quæ per omiſſionem & negligentiam minoris poſſidenti naſcitur. Diverſa cauſſa eſt 7 uſucapionis in iis rebus minorum, quæ poſſidenti uſu acquiri poſſunt. Nam in his vere procedit ipſo iure uſucapio: ut etiam nunc adverſus eam uſucapionem neceſſarium ſit auxilium in integrum reſtitutionis, ut traditur *L. unica, C. ſi adv. uſucap.* Hoc ideo, quia uſucapio non ex minoris ceſſatione, ut præſcriptio; ſed ex acquirentis poſſeſſione naſcitur: hæc autem poſſeſſio non eſt in poteſtate aut facto minoris, ut dici poſſit id factum ei nocere non debere. Cum autem aut de hoc iure dubitaretur apud veteres, aut non eſſet perpetuum, ſed in quibuſdam cauſſis illi temporales præſcriptiones etiam adverſus minores currere permitterent, etſi his eo nomine in integrum reſtitutionem darent: Iuſtinianus hanc ſive dubitationem, ſive inæqualitatem huius iuris conſtitutione edita ſuſtulit: ea eſt *L. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt. nec. non eſt.* qua 8 cavit in univerſum, ne præſcriptiones temporales adverſus minores ipſo iure currant: addita hac ratione, quod *melius ſit intacta* (minorum) *iura ſervari, quam poſt cauſſam vulneratam remedium quærere.* Poſt quam conſtitutionem dicemus, ſi minor non provocavit intra diem, non ſubveniri ei, ut provocet, ut ſcriptum eſt in *L. verum, §. item ſi.* Sed eum ipſo iure ſalvam habere provocandi facultatem. Et vero ſi ratio veteris iuris, ſi regulæ conſuluntur, id ita conſtituendum fuit, ne ullius facti omiſſio minoribus noceat, non tantum in priore illo genere, ſed etiam in hoc poſteriore: & quidem in hoc magis. Certum enim ius eſt, neque pupillum ſine tutoris auctoritate, neque adoleſcentem qui curatorem habeat, ſine auctoritate curatoris quidquam gerere poſſe, quo deteriorem conditionem ſuam faciat. *Inſt. de auct. tut. L. 3. C. de in int. reſt. min.* Iam vero cum minor ea omittit, quæ ſunt utriuſque generis, omittit ſua ipſius vel imperitia, vel incuria ſine tutoris aut curatoris auctoritate. Quare neceſſe eſt ex iure ſuperiore, quidquid hic a minore omiſſum eſt, irritum eſſe, ne minori omiſſio noceat. Qund ſi proponatur adoleſcens curatorem non habens, cui res per ſe gerere, & ſe obligare permittitur: *L. 3. C. de in int. reſt. min.* tamen ne huic quidem ex regulis iuris obeſſe debet ſuperiora omiſiſſe. Omittuntur enim illa iuris imperitia, dum ignorat minor ea iure exigi. Certo autem iure utimur, minoribus viginti quinque annis ius ignorare permiſſum eſſe, ut ſicubi ſit iuris ignorantia, non delictum, non lædantur. *L. regula, D. de iur. & fact. ign. L. ult. C. ſi adv. del.* Sed quod cavit Iuſtinianus in *d. L. ult.*

Er male idem querelam vindictam perſequi vid. *ſupra Lib. 19. C. 3. N. 7.* Nam ſi ita eſſet, contra omiſſam eius perſecutionem nec reſtitutio daretur *L. 37. pe h. t.* nedum ipſo iure ſervaretur minor. Et recte Cald:s *d. loc. n.* 28. iniuriam *in L. 4. de inof.* latius ſumi, pro eo quod non iure fit. Quo reſpecta querelam intentans non dicitur vindictam perſequi, ſed magis civilem hereditatem iure naturæ ſibi debitam petere, add. Odd. *d. Q.* 85. *Art.* 5. Mauric. *d. C.* 149. *n.* 12. Confer. P. Barbosa ad *L. Lucius* 38. *D. Sol. matr. n. 7. & 2. ſeqq.* Male vero Ant. Fab. *ad L.* 37. *§. 1. h t.* contra apertam approbationem teſtamenti non reſtitui minorem & hanc cauſſam fuiſſe, cur olim viſum fuerit tempora querelæ minori currere non debere, ne alias ſi currerent contra ea non poſſet reſtitui.

7) *L. 45. h tit. L. 35. de ſerv. ruſt.* & conſentit Duar. *ad d. L. u t.* quia favorabilior uſucapio propter bonam fidem, & Pađador. 1 *Rer. Quotid.* 1. §. 4. Quia temporalis præſcriptio negligentiam punit, quæ in minore notari nequit, add. A Fab. *ad L. 45. h. t.* quia uſucapio longe potentior, cum effectum ſuum operetur ſola iuris civilis poteſtate, nec indiget tuitione prætoris, qua præſcriptiones iodigent. Quod non expendo. Vulgo diſtinguunt inter uſucapionem quæ contra maiorem cœpta, quam contra minorem compleri ſentiunt *L. 45. h. t.* non autem contra minorem incipere *d. L. ult.* Mauric. *C.* 102. *n.* 11. Odd. *p.* 2 *Q.* 88 *Art.* 4. Error inde, quod præſcriptiones cum uſucapionibus confunduntur Duar. *d. L.*

8) Ant. Fab. *ad L.* 37 §. 1. v. *ceſſabit h. tit.* ita: Ant exceptio inducta ex iuriſdictione prætoris, & iam olim ea tempora nec minoribus, nec aliis, qui reſtitui poſſunt, currebant *L. 2. 3 & 5. C. quib. non obſ. lon tem præſcr.* Alias ſecum pugnaret prætor, ſi illis currere pateretur, quibus reſtitutionem pollicetur. Aut ex iure civili; & harum aliæ, quarum tempora ipſo iure currebant, ſed contra id reſtitutio, ut exceptio non numeratæ pecuniæ. Neque enim prætor potuit efficere, ut non curreret tempus non ab ipſo, ſed a LL. præſtitutum. Et de his *d. L. ult.* ut hodie iure non currant. Aliæ quorum currebant, nec contra id reſtitutio, ut de adulterio, item ſtatus defuncti &c. Aliæ quarum tempora non currebant, non quia odioſiores, ſed quia ſi currerent, non dari poſſet reſtitutio, ut de inofficioſo &c.

ult. temporales præscriptiones adversus minores ipso iure non currere; ex eo numero nominatim excepit 9) exceptiones triginta vel quadraginta annorum, quas iubet in suo statu remanere: nempe qui status fuit antea ex *L. sicut*, §. *ult. C. de præs. 30. vel 40. ann.* ut scilicet adversus pupillos non currant: adversus cæteros minores ita cedant, ut sint his hæc intervalla servanda. Addidit præterea Iustinianus in 10) *d. L. ult.* temperamentum, ut vellet reliquas exceptiones temporales adversus minores non currere *in omnibus casibus, in quibus*, inquit, *vetera iura currere* quidem eas adversus minores concedebant, *per in integrum autem restitutionem eis subveniebant*.

X. Quibus verbis intelligimus excipi duo genera præscriptionum. Primum, si quæ apud veteres tales fuerunt, ut placeret eas currere minoribus, nec adversus eas admitti in integrum restitutionem. Alterum earum, si quæ fuerunt a Iustiniano ipso, qui loquebatur, ita inductæ, ut eæ adversus minores currerent, sed adversus quas minores restituerentur. Eæ autem præscriptiones in summa occurrunt quatuor, quas ex reliquarum numero superioribus verbis exceptas intelligere debemus: duæ veteres, duæ novæ. Vetus una est, præscriptio quæ obiicitur marito uxorem adulterii accusanti. Licuit marito ex lege Iulia uxorem adulterii accusare, dummodo accusaret intra sexaginta dies, ex quo de adulterio recognovisset. Si intra hos dies non accusasset, placebat adversus eum quanvis minorem præscriptionem horum dierum currere, & quidem ita, ut ex hac caussa denegaretur ei in integrum restitutio, qua admitteretur ad accusandum. *L. auxilium*, *D. de min.* Ergo & nunc etiam post illam constitutionem Iustiniani hoc ius manebit; quia constitutio ad hanc præscriptionem non pertinet. Vetus item altera præscriptio fuit iisdem verbis excepta; præscriptio quinquennii, quæ obiicitur post id tempus de statu defuncti agenti. Hæc propter favorem libertatis cucurrit olim etiam adversus minores ea lege, ut nec minor tempore ipso iure exclusus restitui posset in integrum, ut de eadem re agere liceret. *L. si mater*, *C. ne de stat. def.* Proinde & nunc quoque idem ius erit. Atque in his præscriptionibus illud animadversione dignum est, quod non solum visum est eas currere debere adversus minores, præter exemplum reliquarum: sed etiam cum fateamur hoc modo lædi minores, placet nihilominus nullam adversus eas competere in integrum restitutionem minoribus. Sed hoc cum manifestam habeat exceptionem huius auxilii, ad exceptiones huius edicti referemus: ubi huius iuris ratio amplius cognoscetur. Nova præscriptio temporalis, quam placeat adversus minores currere ex constitutione Iustiniani, est quæ obiicitur marito post tempus statutum agenti de dote cauta, idest quam cavit se accepisse, non tamen numerata. Huius rei querelam a marito statim omissam placet marito etiam minori ipso iure amitti: sic tamen, ut possit minor ad eam inducendam in integrum restitui, dum restitutionis postulatio in marito ipso minore non excedat duodecimum annum a die nuptiarum computandum: in mariti autem maioris aut minoris defuncti herede minore non excedat quinquennium: hoc in *auth. si minor*, *C. de temp. in integ. rest.* Altera præscriptio nova eiusdem Iustiniani constitutione inducta, est præscriptio triennii, quæ obiicitur iis, qui cum agere iudicio cœpissent, intra triennium litem non peregerunt; quod tempus a Iustiniano præstitutum est finiendis litibus. Hanc voluit Iustinianus etiam adversus minores & quidem pupillos currere, quorum caussa tutoribus aut curatoribus auctoribus agi cœpisset, & actorum negligentia factum esset,

9) Et adversus has præscriptiones nulla nec ex caussa absentiæ vel militiæ in edicto. *Quib. ex ca. mai. restitutio*, neque ex priori, neque ex posteriori clausula. Ant. Fab. *ad L.* 15. §. *ultim. in fin. Ex quib. ca. mai. per L.* 13. *cir. med.* C. *de præscr.* 30 *ann.* Sed nec minorem contra eas restitui vult idem ad *L.* 26. §. *ult. d. tit.* (dist. Azo *in Summa. C. si advers. Usucap. n.* 9.) Et faciunt verba *d. L.* 3. *pupillari ætate duntaxat* excepta add Mauric. *C.* 109. *& seq.* qui testatur passim a Senatu Dolano reiectos, qui se adversus tricennariam præscriptionem petierunt restitui etiam minores. Quæ tamen ex illius mente ita accipienda, si minori eiusque antecessoribus scientibus tempora lapsa. Quin, ait, adversus tam longam moram & supinam negligentiam iniquissimum est restitui etiam minorem. Ex caussa vero ignorantiæ etiam maiori restitutionem ille cum plerisque (etsi minus recte) indulget, ut not. *supra C.* 5. *N.* 4. Quanto magis minori.

10) Sed an *d. L. ult.* pertinet ad præscriptiones novis LL. vel statutis inductas, veluti anni & diei in retractu gentilitio, item ad feudi investituram petendam. Variant DD. Plerique negant, teste Oldo *P.* 2. ⊕ 88. *Art* 5. *&* Mudæ. *ad d. L. ult.* ac probat Duar. *ibid.* tum per verba *d. L. ult. in quibus vetera iura*, tum quod hic restitutionem non necessariam arguat C *constitutus extr de in int. rest.* Contrariam opinionem post alios veriorem statuit, Old. *d. loc.* adde Tiraq *de Præscript.* §. 1. *Gl.* 9. (qui diversas Bartoli & Baldi distinctiones hac de re refert) Afflict. *Decis. Neap.* 370. & confer. Io. Bapt. Asin. *de Exsecut* §. 4 C 125 *& seqq.* Plane ad præscriptiones conventionales *d. L. ult.* non pertinet, ubi nihil cum minore geritur, sed actus procedit ex potestate per defunctum concessa *L.* 38. *h. t.* vid *supra C.* 7. *n.* 15. Duar. *d. lo.* Mauric. C. 102. *n* 14 Old. ⊕ 86. *Art.* 2. Tiraq. *de Retr. ligu.* §. 35. *Gl* 2. Ant. Fab. 25. *Err Prag.* 5. *& seqq.* Nec ad eas, quæ ex testatoris dispositione, etsi in his quandoque restitutio *L.* 3 §. 8. *h t.* Lex enim facilius moderatur suum inventum, quam contrahentium testantiumve apertas voluntates, Mudæ. *ad d. L. ult.*

ſet, ut triennium exiret: & quidem ita currere, ut dum tutores & curatores, aut fideiuſſores, heredeſve eorum ſolvendo erunt, adverſus hos ſolos ſit minoribus actio ad damnum litis ſarciendum, nulla interim adverſus eum, eum quo lis erat, in integrum reſtitutio. Quod ſi res a prioribus ſervari non poſſit, tum voluit minoribus in integrum reſtitutionis auxilium ſupereſſe: hoc in *L. properandum*, *§. ult. C. de iud.* Hæ quoque præſcriptiones temporales duæ cum non fuerint ex iis caſibus, in quibus vetera iura currere temporales præſcriptiones adverſus minores voluerunt: apparet de his nihil innovare Iuſtinianum in illa conſtitutione ſua *L. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt. nec. non eſt*. proinde & has in ſuo ſtatu, quo primum a Iuſtiniano inductæ ſunt, manere. His præſcriptionibus temporalibus quinque aut ſex exceptis, generaliter definiemus, nullam omiſſionem rerum ad aliquid acquirendum, aut ad quæſitas iam actiones retinendas neceſſariarum minoribus ipſo iure obeſſe. Proinde nec in actionibus exercendis ullam præſcriptionem temporis quæ ex huiuſmodi omiſſione naſci ſolet, currere adverſus minores. Quo efficitur, ut nec his omiſſionibus minores lædantur; non læſi non indigeant in integrum reſtitutione.

XI. Ex his intelligi poteſt, quem minorem læſum accipere debeamus, ut ſit ex hac parte reſtitutioni locus. Sic igitur definiemus, minorem in iis, quæ ab eo geſta ſunt, tum læſum videri, cum quod geſtum eſt, quod in faciendo ſit, iure communi valuit (nam omiſſum a minore, minori, præterquam in caſibus modo exceptis, omnino non nocet) & in eo diminutionem aliquam rei familiaris paſſus eſt, dum aut quod habuit, amiſit, aut lucrum quod poterat acquirere, omiſit, aut ſe oneri alicui obligavit; paſſus eſt autem ita, ut pro eo non amplius aut tantumdem acceperit, quo id quod abeſt, mutua præſtatione penſaretur. Valere autem quod cum minore geſtum eſt, ex ſuperioribus intelligimus, ſi neque rei de qua alienanda agetur, alienatio non ſit interdicta, & in omnibus negotiis pupillaribus tutoris auctoritas intervenerit, in negotiis adoleſcentium curatoris auctoris, ſi adoleſcens curatorem habuit. Cum hæc ita concurrent, tum ita iure communi valet, quod geſtum eſt, ut minor læſus reſtituatur ex hoc edicto, ſi quidem hoc ſolum an læſus ſit, quæritur.

XII. In hoc damno atque hac deminutione commodorum minoris monendi ſumus, nihil referre ad reſtitutionem, utrum magnum detrimentum minor paſſus ſit in re gerenda, an parvum. Quæcumque ob damnum aliquod conſtituta eſt actio iure, ea etiam ob minimum damnum competet. [11] *L. ſi proprietarius*, circa fin. *D. de dam. infect.* Servatur hoc idem in reſtitutionibus in integrum, ut ſit ſcilicet in integrum reſtitutio etiam ob rem minimam: cum hac tamen exceptione, dum maiori rei non præiudicetur. *L. ſcio*, *D. de in int. reſt.* Quod quid valeat, dicetur poſtea in exceptionibus ſuo loco.

XIII. Duas ſpecies animadverto exceptas ex omnibus, in quibus placet minorem ita reſtitui poſſe, ſi in eo quod geſtum eſt, grande ſit, & enorme damnum minoris. Una eſt, cum ex cauſſa iudicati auctoritate magiſtratus pignora capta ſunt, & diſtracta. Finge in auctione publica rem aliquam multo minoris venditam eſſe, quam valebat. Placet, inquam, minorem adverſus

[11] Quæ lex probat etiam in iis quæ iuris prætorii modica damna conſiderari. Quidni? Cum ipſe Princeps minima quæque ſua cura dignetur *Edict. Iuſtin.* 13. *præf.* Et facit *L. 6. h. t. v. aliquod* quod verbo etiam in minimo, ut loquuntur, verificatur *L.* 72. *§.* 7. *de acquir. her.* item *L.* 27. *§.* 2. verſ. *ult.* ibi: *ſi minori pretio quam oportet vendiderit*. Et quia minor ad lucrum reſtituitur, *ſupra C.* 8. *n.* 4. magis pro quolibet damno etſi levi. Nec *d. L.* 4. verba, *ſi maiori*, otioſa, ſed reſtrictionis cauſſa appoſita. Et male qui, ex *L. pen. h. t.* inferunt, aut grande damnum aut colluſionem tutoris requiri, ut detur reſtitutio, ut oſtendit Ant. Fab. *in d. L. pen.* Atque ita fere conſentiunt Azo *in Summa C. h. t. n.* 12. Cuiac. *ad. d. L.* 4. (qui tamen, neſcio quo errore *Lib.* 4. *de Feud. Tit.* 53. vix dari hanc pro re mobili ſcribit) Ræv. 2. *de Praiudic.* 8. *in fin.* Pinel. *in L.* 2. C. *de reſc. vend. P.* 1. *C.* 1. *n.* 25 *& ſeqq.* Covar. 1. *Var. Reſol.* 34. *n.* 11. Rebuff. *de Reſtit. Gl.* 2. *Art.* 11. Franc. de Caldas *ad L.* 3. *C. h. t. in deſinit. v. vel adverſarii d. lo. n.* 7. Padilla *in L. quamvis. C. de iur. & fac. ig. n.* 3 Coraſ. *in L. qui liberos* 19. *de ri. nupt. n.* 3. Fachin. 3. *Contr.* 4. Io. Garſia Gallecus *de Expenſis C.* 18. *n.* 21. Contra hos tamen communis eſt DD. opinio pro re minima, vel etiam modica læſionem non dari, vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 12. Ant. Gabr. *Lib.* 2. *Com. concluſ. h. t. concl.* 1. Mauric. *C.* 318. *n.* 6. *& ſeqq.* Mudæ *ad L.* 5. *C. h. t.* Sed & vulgaris diſtinctio eſt in ordinariis remediis & quæ iure communi conceduntur, minima quoque curari. In extraordinariis vero & quæ iure ſpeciali contra ius commune non item, vid. Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. v. omnia vel partem n.* 15. & probant Gail 2. *Obſerv.* 109. *n.* 4. Meichſner *Tome* 3. *Deciſ. cam.* 14. *n.* 113. Rad. Forner 2. *Rer. Quotid.* 5. Sed hanc diſtinctionem in utroque membro reprobat & convellit Hippol. Riminald. ad *L.* 1. *Quod quis iur. P.* 2. *n.* 37. *& ſeqq.* Sicuti nec admittenda illa Gœddei *ad d. L.* 90. *§.* 1. *de V. S. n.* 4 eodem tendens modica non conſiderari de æquitate & diſpenſatione prætoria, ſecus rigore iuris. Nam immo ſemper æquius eſt favere læſo ac decepto *L.* 41. *§.* 1. *de R. I.* Add. Menoch. *de Arb. iudic. Q. Caſu* 75. qui DD. eos qui affirmant ex læſione modica reſtitui minorem, ſic intelligit, ſi comparate dici poſſit læſio exigua, quæ abſolute tamen non ita levis eſt. Veluti ſi res digna 1000 vendita 950. Læſio hic in 50. comparata læſioni ei quæ in 500. levis, per ſe tamen ſatis gravis minori.

sus eam distractionem in integrum restitui non posse, [12] nisi magno & enormi damno affectus sit: traditum in *L. si ex caussa*, in princip. *D. de minor. L.* 1. *C. si advers. vend. pign.*. Sed quoniam videtur de hac distractione aliud constitui in *L. ult. C. eod. tit.* ubi restitutio adversus distractionem pignoris sine ulla exceptione denegatur minori: subiiciam brevem distinctionem, quæ rem omnem explicet.

XIV. In pignoribus minorum distractis, cum, quæritur, an minor adversus eam distractionem restitui possit, multum referre putandum est, a quo pignoris initium cœperit, utrum a defuncto, cui minor successit; an a minore, qui pignus non refragante lege constituerit; an vero a magistratu, cuius iussu pignus captum sit & distractum. Si natum est pignus a defuncto qui maior fuit, iure suo creditores cessante herede minore in pecunia solvenda pignus distrahent, nec ulla est minori adversus eam distractionem in integrum restitutio. *L. ult. C. si adv. vendit. pignor.* Quippe hic cum maiore gesta res est, non cum minore: eoque nec ad restitutionem huius edicti pertinet: de eo diximus in persona minoris. Si pignus contractum est a minore, restituetur, [13] quantulumcumque damnum erit, quod passus sit ex ea distractione: immo adeo, si eius intersit re sua non carere, seu rem suam potius habere, quam pecuniam. Consequitur hoc minor re a se vendita, cum emptor rem alii vendidit. *L. in caussa*, 1. §. *ult. D. de min.* Multo magis in re a se pignori data, deinde a creditore vendita idem consequi debeat: cum plus iuris habeat emptor in re empta, utpote traditione dominus effectus, quam creditor in pignore, in quem solum trans-

it nuda possessio. *L. cum & fortis*, §. 1. *D. de pig. act.* Quod si pignus captum erit auctoritate magistratus seu iudicis, & eadem auctoritate publice, ut fit, distractum: hic locum habet ius illud, quod ante retulimus, ut nec hic aliter sit in integrum restitutio minori, quam si in hac distractione magnum sit damnum minoris: neque præterea alibi idem admittemus. Certe utroque illo in loco, id est, & in *L. si ex caussa, de min.* & in *L.* 1. *C. si adv. vend. pignor.* superior conditio constanter adhibetur in pignoribus ex caussa iudicati captis, & distractis. Et vero manifesta ratio est, quæ huius generis pignus distinguat a cæteris & in hoc istam conditionem singulariter exigat. Distrahuntur enim pignora huius generis publice sub hasta, seu publica auctione. Hastæ fiscalis, & publicæ auctionis auctoritas facile convelli non debet *L.* [14] *si hypothecas, C. de remiss. pig.* Non obstat, quod in *d. L.* 1. *C. si adv. vend. pignor.* initio generaliter ita definitur, adversus venditiones pignorum, quæ a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si magno detrimento afficiantur. Adiicitur enim hæc conditio, non ut significetur, si minores magno detrimento affecti non sint, nunquam eos restitui, quod aperte falsum est; saltem in pignoribus a minore profectis: sed illud potius, non semper eos restitui, nisi hæc conditio intervenerit; vel quod idem est, si hæc conditio non extiterit, eos interdum non restitui. Id autem accidit in pignoribus auctoritate iudicis captis & distractis: quo exemplo propterea res declaratur postea in supra scriptis locis.

XV. Magnum & enorme damnum quodnam hic accipere debeamus, vellem veteres definivissent, quod prætermissum pa-

12) Videri posset hic restitutionem plane cessare. Nam qui emit pignora, nihil cum minore gessit. Et nec ipse minor per se aliquid gessit. Nec potest quid ei imputari cui auctoritate prætoris vel iudicis res vendita est Sed contra visum est, ubi alias grande damnum *d. L.* 9. *pr* Quia pignus iudiciale etsi fiat ex auctoritate iudicis, eademque distrahatur, perinde tamen habendum ac si a minore factum esset. Nam in vicem iustæ obligationis succedit auctoritas iubentis *L.* 2. *C. si in ca. iud* & ut vulgo factum iudicis factum partis habetur *L.* 23. *C. de evict.* Ut ita pignus constitutum ab ipso minore intelligatur, Ant. Fab. *ad dict. L.* 9. *pr.* Parlador. *Lib.* 2. *Rer Quotid. C. fin. P.* 5. §. 13. *n.* 18. Porcius conceditur restitutio ob id ipsum quia emptori minus hic imputari potest. Nam & alias minor qui indistincte restitueretur contra eum, cum quo ipse contraxit non æque contra tertium possessorem. *L. in caussa* 13. §. 2. *h. t.* ita Odd. *P.* 2. *Q.* 53. *Art.* 4. add. Mauric. *Cap.* 205.

13) Consentiunt DD. vulgo teste Oddo *P.* 2. *Q.* 53. *Art.* 5. *per L.* 7. §. 1. *de distr. pignor.* Sed quia dura est expositio *d. L.* 2. *Cod. si adv. vend. pign.* quæ nimis clare de pignorum venditione a creditoribus facta loquitur, assentior aliis, qui, pignore ab ipso minore contracto vendito, minorem non restitui contra emptorem, nisi ob magnum detrimentum, volunt *d. L.* 2. Cuiac. & Ant Fab. *ad dict. L.* 9. *pr.* idem Cuiac. 2 *Sent. Pauli* 9. §. *ult.* Mauric. C. 204. *& seq.* Mudæ *ad d. L.* 1. *C. si ad vend. pignor.* Tum quia emptor caussam habet non a minore, sed creditore, qui emendo nihil cum minore gessit. Tum ob solemnitates plures, quæ in hac venditione intervenient oportet. Mauric. *d Cap.* 205. *n.* 2 Tum quia ut Mudæ. *d. loc.* ratio hæc communis: Ut facilius inveniant minores, qui sub pignore eis credant, & ut ad venditionem perveniri possit Invidiosum enim est emere quæ auctione publica a creditoribus venduntur, commiseratione debitorum Accedit quod ita natura comparatum, ut creditores pignora numquam vendant iusto omnino pretio, propterea quod de evictione creditores non tenentur, *tit. C. si cred. pign. evict.* sed debitores *L.* 13. *C. de evict.* Quorum cum tam angusta res sit, ut pignora luere nequeant: parum eo solo prospectum erit emptoribus, Mudæ *d. loc.* Ex quibus argumentatio nostri ex *d. L.* 13. §. *ult.* facile concidit

14) Sed Anton. Fab. ut *N. seq.* hoc omne de venditione privata intelligit, in publica autem subhastatione restitutionem omnino negat.

rum intelligitur. Si coniecturæ locus est, id esse non inepte definiemus, [15] cum res minoris quam dimidia parte iusti pretii vendita est. Licet inde coniicere, quod venditiones ob non iustum pretium rescindi prohibentur, nisi ex magna & insigni læsione. Et hæc magna & insignis ad eam rem iudicata est, cum res nec dimidia iusti pretii vendita est. *L. si voluntate*, *L. 2. C. de resc. vend.*

XVI. Altera species est, cum res pupilli vel adolescentis recte vendita est, puta auctoribus iis, quibus oportet, & res est, quam lex distrahi non prohibet. De ea distractione ita scriptum est in [16] *L. pen. D. de min.* distractionem quidem per in integrum restitutionem revocari: verumtamen ita, si grande damnum pupilli, vel adolescentis versetur. Puto id esse caussæ, quod quarum rerum minoris distractionem lex non prohibet, eæ fere tales iam olim fuerunt, hodie sine exceptione tales sunt, quæ servando integræ servari non possint. *L. lex quæ*, *C. de administ. tut.* ut proinde necesse sit eas vendi alioqui perituras, aut deteriores futuras. Hæc necessitas rei distrahendæ facit, ut nihil videatur culpa factum, aut contra officium boni patrisfamilias, si res vendita sit tanti, quanti qui emere vellent, inventi sunt. Quod cum accidit, cessat in integrum restitutio. *L. verum*, *§. sciendum*, *D. de min.* Sed hoc hactenus admittendum esse recte visum est, nisi grande damnum minoris, puta ut nec dimidia iusti pretii res sit vendita. Sic enim ab emptore fraudatio est; qualem nec in maioribus leges ferunt, *d. L. 2. C. de resc. vend.*

CAP.

15) Consentit Sich. *in auth. Sacram. puberum C. ac si vend. n. 41.* Sed alii hic arbitrio iudicis plurimum tribuunt, Azo *in Summa*, *C. h. t. n. 12.* arg. *L. 5. §. ult. de iur. delib.* cui probe negocii gesti circumstantiæ, rei, de qua lis est, qualitas, item personæ, dives, an pauper sit, qui restitui petit, expendendæ: cum leve sit locupleti & assiduo quod pauperi magnum *L. 52. §. 2. de iudic.* Langlæ. 6. *Semestr. 2. pag.* 280. vid. Menoch. *Arb. cas.* 75. Mauric. C. 124. Fr. de Caldas *in Definit. v. Læsio n. 5.* Mudæ. ad *L. 5. C. h. t.* Odd. *P. 1. Q. 4. Art. 12. n.* 106. *& Art.* 13. Seraphin. de Seraphin. *Priv. iuram.* 83 *n.* 88. *& 2 seqq.* Wesenbec. *Cons.* 3. *n.* 76. Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. commutat. C.* 6. *n.* 50. *& seq.* Plane in *d. L. 9. pr.* magnum damnum non dici monet Anton. Fab. *ibid.* si res minoris vendita sit. Nam, ait, ibi restitutione contra sententiam obtenta creditor, qui ursit distractionem pignorum, tenetur minori reddere id, quod interest, in quo saltem iustum pretium, nec conventum tantum aut a minore solutum, continetur. Sed ita, ait, restitutio contra emptorem si adversarius non solvendo & inde grande damnum. Quæ non probo. Quid enim est quod imputari possit ei, qui iudicio contra minorem obtinuit, si executionem petiit & impetravit:

16) Quam Anton. Fab. *ibidem.* ad privatas venditiones pertinere contendit, ut & *d. L. 9. princ.* non ad publicas auctiones, quarum maiorem vim esse decet. Et ibi non restitui minorem sentit, nec ob grave damnum, nisi collusio tutorum accesserit per *L. 7. §. 8. in fin. h. tit.* Quoties enim ait, privatim facta venditio, causari potest minor rem amplioris pretii minoris venisse, quam vendi potuerit publice exposita. Non potest hoc item, si sub hasta venditio facta. Qua enim ratione melius sciri potest verum pretium quam hoc modo. Aut quando alias verum erit tanti rem esse quanti vendi potest. Sed his non moveor. Nam in re manifesta, ubi evidens læsio eaque immodica, coniecturæ non est locus. Et *d. L. 7. §. 8. & d. L. pen.* una ad aliam trahenda. Firmitas hastæ fiscalis in eo, ut captio vel læsio non facile præsumatur. Quin & in venditione quavis pignoris aliæ solemnitates, quas præcedere necesse est, eandem præsumptionem excludunt. Accenseri his solet restitutio contra transactionem, quam ipsam non nisi ex caussa gravioris læsionis concedi volunt, per *L. 11. C. de transact.* & quia sui natura utilis est transactio eo ipso quod litem exstinguit, per *L. 6. h. t.* Mauric. *Cap.* 210. *& seq.* Franc. de Caldas ad *L. 3. C. h. tit. in definit. v. læsio n.* 163. *& seq.* Sed vid. Odd. *P. 2. Q. 66. Art.* 4. Est & casus in *C. ad nostram 21. de reb. eccles. non al.* quando ecclesia post quadriennium elapsum, (ut probant verba, *per multos annos*) contra iuris regulas restitutionem petit, Fr. de Caldas *d. defin. v. vel adversarii dolo. n.* 9. vid. de materia *d. C.* Pinel. ad *L. 2. C. de resc. vend. P. 2. C. 4. n.* 14. *& seq.* add. *not. C. seq. N.* 58.

C A P. X.

Non esse satis ad restitutionem in integrum minorem læsum esse: sed oportere læsum esse sua facilitate. Et de temporibus in integrum restitutionis. Obiter & de superiorum rerum probatione.

Beneficio restitutionis in integrum non utitur minor, nisi læsus sua ipsius facilitate. I.

Quominus ita lædatur, casu fieri aut dolo minoris. II.

Casu, *cum minor consulte rem gesserit, quam tamen casus abstulit*. III.

Consulte rem gerit qui aut necessario aut utiliter, vel honeste gerit. IV.

Necessario *quomodo minor rem gerit*. V.

Utiliter *quomodo*; & *quando secus*. VI.

Honeste *quibus modis. Obiter hic & opportune de modo dotis & donationis propter nuptias*. VII. VIII.

Dolo minoris amovetur eiusdem in integrum restitutio, sive in contractibus sive in delictis dolus fuerit admissus. IX.

In contractibus *aut initio contrahende rei, aut ipsa re iam contracta*. X.

Ab initio, *si maiorem se dixit minor vel falsa opinione deceptus vel animo circumveniendi*; *& quod in utroque casu discrimen*. XI.

Quid si adversarius non ignoret esse minorem, aut de ea re dubitetur. XII.

Quid si de quo dubitatur an sciverit, sit idem tutor aut cognatus minori proximus idemque maior. XIII.

Re contracta, *quomodo versetur in dolo minor*. XIV.

In delictis *qui minoris dolus: contumacia minoris in delicto non est, & quare*. XV.

Minori subvenitur in delictis, a quibus ipsius dolus abest. Exponitur L. in criminibus 1. C si adv. del. *Quæ eius* versie. si tamen *auctori probata lectio*. XVI.

Licet minori, quandiu talis, petere restitutionem in integrum. XVII.

Eidem facto maiori quadriennii tempus ad eam petendam constitutum. XVIII

Summa earum partium, quæ ad rectam huius actionis institutionem pertinent. XIX.

Cuius sit probare superiores huius intentionis partes. XX.

Exponitur L. cum profitearis 1. Cod. si adv. ereditor. XXI.

I. NOn est satis minorem læsum esse in iis quæ cum eo gesta sunt, ut sit restitutioni locus. Illud alterum exigimus amplius, ut vel alieno dolo, vel sua facilitate inciderit in captionem. *L. non omnia, D. de min.* vel ut aliis verbis hoc idem veteres exprimunt, ut captus, læsusve sit [1] lubrico ætatis. *L. verum, §. si locupleti, D. de min. L. 2. C. si ad. del. L. 1. C. de filiof. min.* Sic enim lubri-

1) *L. 24. §. 1. D. L. 5. C. h. t.* Fr. de Caldas ad *L. 3. C. h. t. in defin. v. vel adversarii dolo n. 1.* Pulchre Theodoric. Rex Goth. apud Cassiod. 4. *Variar.* 35. uti & insidiantium laquei frustrarentur & lapsis ætas lubrica subveniret, dum ignara pueritia contraria gerit quæ profutura putaverit. Et sic in *L. 1. D. de in int. restit.* dicuntur *lapsi* absque facto alterius sua facilitate læsi; *circumscripti* vero per alios decepti. Baro in *d. L. 1.* etsi quandoque circumscriptus & sine dolo dicatur ut *L. 23. §. ult. Locati.* Et sic accipiendum quod Harmenop. *L. 1. promptuarii tit. 3. Cap. de minorib.* per circumscriptionem hic notari damnum, quod ex fraude ac dolo in contractibus patitur minor. Quod si sensit Harmenop. eum ipsum dolum requiri ad restitutionem, gravis error est *d. L. 5. pr. C. h. t.* quo & lapsum Bellonum scribit Odd. *P. 1 Q. 4. Art. 2.* Hinc vero patet, etsi solo dolo circumventus sit, sine negligentia vel imprudentia, minorem ex hoc edicto restitui, Odd. *P. 1. Q. 4. Art. 3.* Unde tentari posset minori nunquam de dolo actionem famosam competere, cum semper ei per restitutionem hanc sobveniator. Nec memini exemplum legere minoris de dolo agentis, etsi pupillum quoque ea actio competat. Sed num in libello hæc qualitas adiicienda, quod sua facilitate læsus sit? Ita statuunt, quod alias sit impertinens, ineptus, non concludens, adeoque iudicis officio reiici possit, Sich. *ad Rub. Cod. hoc tit. n. 3 & ad L. ultim Cod. eod. n. 7.* Rebuff. *h. Tr. Gl. 3. n. 27.* Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol. 2. n. 27. & seq.* qui ita declarat, nisi dicat se esse, *circumscriptum*, quod hæc vocula includat læsionem sua facilitate vel dolo. Et *n. 29.* id non procedere in caussis summariis. Sed recte Mauric. *C. 174. n. 2.* defendi posse quod hoc non adiici necesse sit, per *L. 7. §. 1.* verbis *& captus est* non additur *sua facilitate*: Quia hoc sponte sequitur in dubio. Et lex præsumit eum sua facilitate læsum, cum nemo facile velit sibi damnum inferre, add. Caldas *in defin. v. sua facilitate. n. 1. & v. vel adversarii dolo n. 1.* Facit *L. 66. d iudic.*

bricum ætatis eleganti metaphora appellant imbecillitatem & infirmitatem consilii ætatis; qua fit scilicet, ut minor in ea tanquam in loco aliquo lubrico versans facile labatur: unde & minor mater lubrico ætatis labi dicta in *d. L.* 2. *C. si adv. del.* Ac de eo minore, qui alieno dolo deceptus sit, non dubitatur, quin ei succurri debeat, cum ex ea caussa succurratur & maioribus. *L.* 1. *D. de in int. rest. L.* 1. *D. de dol.* De eo potuit dubitari, qui sola facilitate sua & lubrico ætatis in fraudem incidit, cum dolus abesset ab eo, cui cum minore res gesta est. Sed & hæc ipsa facilitas sola minori læso restitutionem tribuit. Neque hanc sententiam difficile fuit, cum ex verbis, tum ex mente edicti colligere. Ait enim prætor, quod cum minore gestum erit, non autem quod cum minore dolo gestum erit. Quo significat etsi nihil dolo malo cum minore gestum erit, si tamen minor læsus erit, se opitulaturum: hoc in verbis. Iam vero mens & consilium prætoris in hoc edicto fuit infirmitati & fragilitati ætatis succurrere. *L.* 1. *D. de dol.* Huic consilio convenit in re a minore gesta huius infirmitatis solius, ac non alieni tantum doli rationem habere. Sed minorem facilitate saltem sua læsum esse volumus. Si quis aliter læsus, quam facilitate sua incidit in captionem, ad auxilium huius edicti non pertinet.

II. Quibus ergo modis fit, ut non lædatur minor sua facilitate & lubrico ætatis[2], totidem rursum eveniet, ut ab hac parte non sit locus in integrum restitutioni. Quominus autem ista facilitate lædatur minor, dupliciter accidit: casu, aut ipsius minoris dolo.

III. Casu, cum re ab initio consulte & more bonorum patrumfamilias a minore gesta, eventus aliquis improvisus utilitatem aut fructum rei gestæ abstulit.

IV. Consulte minor rem gerit ab initio, si quid gerit aut necessario, aut utiliter, aut honeste, seu quod ad honestatem vitæ transigendæ pertineret.

V. Necessario; ut, si quid fecit iure communi coactus, quod scilicet & quivis optimus paterfamilias in eadem re iure facere cogeretur. Nam quæ culpa aut incogitantia in eo intelligi potest, qui etiam si vellet, aliter facere non potuit? *L. cum quidam §. si pupillo, D. de usur.* Huiusmodi factum est, cum minor creditor cum pluribus fideiussoribus, quos acceperat, iudicio agens, divisit initio actionem adversus eos, ut singulos pro portione virili conveniret, quia omnes tempore litis contestatæ solvendo erant: facit hoc fortasse minus utiliter, cum singuli iure ipso in solidum obligati sint, & fieri possit, ut unus aliquis postea desinat esse solvendo. Sed tamen ex epistola Hadriani ita facere cogitur. *§. si plures, Inst. de fid.* finge ergo id damnum evenisse, quod dixi, ut unus solvendo esse desineret. Iure quidem communi ita divisa actione placet id damnum ad onus eius qui solvendo est, non pertinere; ut proinde eo iure id damnum solius minoris esse oporteat. Sed an non in integrum restitui poterit minor adversus eum fideiussorem, qui solvendo est, ut onus actionis, qua prius in solidum tenebatur, in se suscipiat, & minor læsus indemnis præstetur? Placet non posse: non enim, inquit in hac specie Papinianus, deceptus videtur actor, [3] iure communi usus: hoc ille in *L. inter, §. cum inter, D. de fid.* Iure communi usum intelligens eum, qui id fecit, quod ius commune eum facere cogebat, ut accidit in superiore actionum divi-

2) Hinc tradunt non restitui contra ea quæ se æqualiter habent ad lucrum & damnum, Rebuff. *h. Tr. gl.* 2. *n.* 8. Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t.* v. *vel adversaris dolo. n.* 12. *per L.* 11. *C. de transact.* vid. *supra Lib.* 19. *C.* 4. *N.* 35. *sub fin.* Indeque post alios Caldas *d. n.* 12. *&* 2. *seqq.* adversus sortem, quibus casibus permissa est, restitutionem nullam esse. Potuit enim sors minori favere. Ergo æquo animo ferat adversum eventum. Quare, ait Caldas *n.* 13. bonorum divisio per sortes fratrum, vel sociorum non retractanda læsionis caussa, quia omnis læsio cessat, etsi ultra dimidium videatur. Nisi sortes per errorem facti dispares constitutæ partibus ignorantibus. Alias, inquit, extra sortis iactum facta divisione, qualibet læsio etiam infra sextam partem dat caussam restitutioni: add. Tiraq. *de iure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1. *n* 96. *ac* 2. *seqq.* (ubi et intolerabilis deceptio restitutionem admittit.; Besold. *de Appellat. Cap.* 7. *n.* 11.

3) Ita & Sich. ad *d. L. ult. n.* 2. *&* 3. exempla referens, ubi minor fideiussit pro parente, qui in vinculis est, quia Lex eum cogit ut fideiubeat, si vult esse heres patris, *Auth. si captivi Cod. de episc. & cler.* & Mauric. *Cap.* 207. *n.* 3. Item si lege municipali ad quid teneatur, ut si consuetudo sit, ut coniuncti compromittant, Sichard. *ibid. n.* 4. Tiraq. *de Retr. lignag. ad finem Tituli n.* 54. Mauric. *Cap.* 291. *n.* 6. Odd. *P.* 1. *Q.* 4. *Art.* 7. declarans ut non audiatur, si adversus ipsum actum, quem necessario fecit, restitui velit. Audiri vero si in modo quo fecit se læsum proponat. Mudæ. ad *d. L. ult.* tres variantes expositiones habet. (1) Si negocium indifferens commune ad lucrum & damnum, si accidenti læsus. Sententia vera sed strictior verbis legis. Utut enim hic æquo iure & communi usus cum illo, cum quo contraxit, non tamen potest dici ius publicum secutus. Ergo per *L.* 116. *§.* 1 *de R. I.* (2) ut significetur caussa, quasi dicas. Non sequitur: Minor usus est iure communi. Ergo læsus & proinde restituendus. (3) Quam aliis præfert, Si eo iure quod communiter & indistincte constitutum est minoribus æque ac maioribus sine ætatis discrimine. Somnus vero gravis obrepsit Duareno *ad hunc t. D. fol.* 86. & Hippol. a Collib. *L.* 116. *§.* 1. *de R. I.* (monere huiusmodi curæ pretium ne incauti fallantur) speciem ponentibus, cum minor rem vilioris pretii carius emit, quasi in hoc casu *L.* 16. *§. penult. hoc tit.* neget restitutionem, eo quod iure communi liceat ita circumscribere. Quod refellitur *L.* 7. *§.* 1 *hoc tit.* Et ius commune est illud inter maiores. Ideo vero *d. §. penult.* prioribus subnectitur ut liqueat hoc casu, non ipso iure munitum esse minorem, & propterea restitui.

divisione inter plures fideiussores, qui omnes tempore litis contestatæ solvendo erant. Hinc accepta definitio *L. ult. C. de in int. restit.* in hæc verba: *non videtur circumscriptus esse minor, qui iure sit usus communi.* Ubi quem iure usum communi interpretari debeamus, & qua in specie id accidat, satis ex superioribus intelligi puto. Eiusdem necessitatis & casus in re familiari exemplum est, 4 si puta minor equum necessarium ad opus faciendum emerit, & is morbo aliquo correptus mox perierit: si frumentum emerit ad usum familiæ necessarium, & dum advehitur, casu mersum sit, aut direptum a prædonibus. Nulla ne hic quidem est adversus eam emptionem in integrum restitutio minori, quanvis forte in eo magnum damnum passus sit: *non enim*, ut eleganter ait Ulpianus, *eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas.* L. verum, §. *sciendum*, *D. de minorib.*

VI. Eadem sunt dicenda etsi quid ab initio gessit minor non necessario, sed utiliter, & idem casus qui supra utilitatem rei gestæ abstulit. Utputa, delata est minori hereditas, in qua erat aliquid æris alieni; sed quo deducto nihilominus locuples esset hereditas; ut non posset illa fine manifesta utilitate & accessione bonorum cuiquam acquiri. Eam ergo minor tutore vel curatore auctore adiit, & eo lucro, quod hereditas ferebat, statim auctus est. Sed paulo post prædia a mari sunt occupata, aut chasmate perierunt, ædes incendio conflagrarunt, repentinus hostium vel prædonum incursus res mobiles sustulit: quibus rebus factum est, ut iam hereditas non esset solvendo. Dicimus non eo magis minorem restitui posse adversus creditores hereditarios; sed his ut ante rebus integris, sic & nunc lapsis cogi respondere; quia quod contigit, non ulla inconsulta facilitate contigerit, sed fato, potueritque id cuivis patrifamilias quanvis prudentissimo & diligentissimo contingere. *L. verum*, §. *si locupleti*, *D. de min.* Sed addit Ulpianus ibidem, hanc rem adferre posse in integrum restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua multæ res erant mortales, vel prædia urbana, ruinosa, æs autem alienum grave; quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, prædia ruant, vel quod non cito distraxerit hæc, quæ multis casibus obnoxia sunt.

VII. Idem dicemus, quod tertium posui, etsi quid minor initio gessit neque necessario, neque utiliter, dum quid impendit, neque inde ullo commodo pecuniario auctus est; sed gessit honeste, puta impendit, quod honeste more omnium communi impendi solet in rebus ad honestatem & legem vitæ pertinentibus. Quidquid ab initio honeste & intra modum convenientem minor impendens in alium contulit; quisquis erit facti eventus, etsi is qui fructum speratum minuat, non tamen minor restituetur, qui in eo ab initio nihil inconsulte gesserit. Huic parti exemplo sunt donatio propter nuptias, & dos a minore profecta. Sponsus minor si donationem propter nuptias contulit in sponsam curatore auctore, dum congruentem moderationem donationis non excesserit, placet nihil hinc obtentu ætatis revocari posse: cautum in *L. 1. C. si adv. don* Idem placet eadem conditione in dote, quam uxor minor marito dederit, ut colligitur ex *L. si ex caussa*, §. 1. *D. de minor.* Idque ita dicimus, ut neque sponsus adversus superiorem donationem, neque uxor adversus dotem a se datam restitui possit, quamvis forte eventu aut uxor donatione, aut maritus dote data se indignum præbuerit, ut sic utriusque indignitas fructum ex utraque re speratum auctori adimat. Et tamen quidquid hic geritur a minore patrimonium suum minuente, neque geritur necessario, neque etiam utiliter, si quidem hic pecuniarium commodum spectamus, quod nullum ex donatione propter nuptias ad sponsum, ex dote ad uxorem redire constat. Sed sponsus propter donationem consequitur, ut uxorem habeat, ac habeat commodiorem & sibi addictiorem: mulier propter dotem, ut habeat virum, cui sit coniuncta: quibus factis acquiritur ea coniunctio inter marem & fœminam; quæ sola in coniunctione corporum honesta est, quæ eadem legem honestæ vitæ continet: ut appareat, quidquid ad eam coniun-

4) *L. 47. §. 1. de solut.* Anton. Fab. *ad d. L. 11. §. 4.* aliud statuit si rem utilem duntaxat emit. Quia, ait, non est prudentis emere rem mortalem, nisi ea sit prudentia præditus quæ sufficiat ad eam rem ita administrandam ne sibi pereat. Quid si rem mortalem minor iusto pretio vendidit, & illud perdidit? Vasq. 3. *Contr. usu freq. 66. n. 3.* non restitui putat, si nec in contractu nec in ipsa solutione læsio intervenerit, sive casu sive culpa, (modo non solventis) postea perierit. Sed ei obsistit *L. 7. §. 2. hoc tit.* Nec solutio perfecte securum præstat solventem minori, undecunque debitum sit, nisi iussu iudicis fiat, vid. *supra Lib. 16. Cap. 10. n. 9. in fin N. 6.* Benignior tamen sententia videtur, quæ minori negat restitutionem si pecunia soluta casu perit. Concedit autem si minor eam socordia sua vel male utendo dissipavit, & profudit, quomodo Barr. in *d. L. 7. §. 2. v. perdidit*, interpretatur vid. Odd. *P. 1 Q. 4. Art. 5. n. 24* Mauric. *Cap.* 175. Caldas *in definit. v. vel adversarii dolo, n. 5.*

iunctionem conciliandam a minore impenditur more & instituto hominum communi, nihil hic geri inconsulte, sed id quod ab optimo quoque & prudentissimo patrefamilias factum probaretur.

VIII. Verum in *L. 1. C. si adv. don.* hoc exigitur nominatim in donatione propter nuptias, ne ea congruentem moderationem excedat. Idem alibi exigitur in dote, significaturque si quid in ea contra factum sit, mulierem circumscriptam videri, & ob id 5 restitui posse. *d. L. si ex caussa, §. 1. de minor. L. unica, C. si adv. dot.* Et quoniam donationis propter nuptias modus idem est, qui & dotis: *L. si constante, C. de don. prop. nupt.* si cognoverimus, quis sit iustus modus dotis, ut ne minor mulier in ea danda circumscripta videatur; simul quis sit donationis congruens modus, intelligemus. Ac de dotis modo comprehensum est breviter in *d. L. si ex caussa §. 1.* Sic enim illic traditur; in dotis modo mulieri tanquam circumscriptæ duabus de caussis subveniri, si aut ultra vires patrimonii, id est, ultra quam habet in bonis deducto ære alieno, aut eo deducto totum patrimonium, quod habet, in dotem dederit. Unde intelligimus totidem modis fieri, ut his iusta & congruens moderatio dotis excedatur: his vitatis, dos intra congruentem moderationem consistat. Et cur mulier minor videatur circumscripta seu læsa, cum supra vires patrimonii dotem dedit, non est obscurum. Fit enim hoc modo, ut si qui creditores eius postea exsistant, dum non habet, unde his solvat, aut in carcerem ducatur, aut cogatur turpiter bonis cedere: quorum in utroque vehementer & aperte læditur. Illud quæri potest, cur dicatur circumscripta, si totum patrimonium in dotem dederit; sed patrimonium solum, nihil amplius. Nam hic non est quod metuat mulier, ne non habeat postea, unde possit solvere creditoribus: quoniam patrimonium & bona cuiusque intelliguntur ea, quæ deducto ære alieno supersunt. *L. subsignatum, §. bona, D. de verb. signif.* Tum autem traditur in *L. nulla, C. de iur. dot.* nulla lege prohibitum esse, universa 6 bona in dotem marito fœminam dare. Et in dotis totius patrimonii datione hoc mulieris incommodum est, hæc læsio, quod etsi ex hac datione superest ei, quod creditoribus solvat; non tamen superest, unde vivat. Nec ad rem pertinet, si quis dicat maritum uxorem alere debere, ut ad quem pertineant onera matrimonii, in quibus est & hoc, ut is uxorem alat. *L. dotis, 7. D. de iur. dot.* Fieri enim potest, ut maritus homo profusus & egens non possit eam alere: fieri etiam potest, ut nolit. Nam quod dicitur, nulla lege prohiberi fœminam universa bona sua in dotem dare, verissimum est: unde & si dederit, fatendum est legibus, id est, iure ipso communi dationem valere. Sed non eo minus læditur minor fœmina, quæ id fecit. Hæc vero læsio est, quæ restitutionem tribuit. Quam cum hic admittimus, non ideo negamus si qua mulier omnia bona in dotem dederit, ea legibus & iure communi recte data, sed potius confirmamus. Ideo enim volumus mulierem adversus eam dationem in integrum restitui, quia prius datio iure ipso constiterit. Nam nisi hoc ita esset, non esset illi in integrum restitutio necessaria. *L. in caussa, 2. D. de min.*

IX. Ut minor si casu læsus erit, non est læsus sua facilitate, eoque nec restitui potest: ita multo minus utrumque si dolo suo inciderit in fraudem & damnum rei familiaris. Hanc sententiam & mens prætoris in hoc edicto, & manifesta rei æquitas

5) Obiic. At hæc promissio ipso iure non valet *L. 61. pr. de iur. dot.* Ergo *per L. 16. hoc tit.* Resp. Duaren. *ad tit. Cod. si adv. dot.* distinguit an dolo facta sit, ubi iure invalida; *d. L. 61.* an sine dolo, ubi rescinditur *d. L. 9. §. 2. d. L. an.* & ita quoque Pac. 2. Q. 44. Sed Anton. Fab. *ad d. L. 9. §. 1.* distinguit ita: si ipsa mulier dotem constituit supra vires patrimonii, necessaria restitutio *d. L. 9. §. 1. d. L. an.* Si vero curator eius, ipso iure tuta est *d. L. 61.* Quia curator in omnibus iis quæ extra officium gerit, nunquam minorem obligat *L. 4. Quod fal. tut.* At sic egreditur officium *L. 43. §. 1. vers. curator de admin. tut.* Aliter Azo *in Summa Cod. si adv. dot. n. 1.* Mauric. *Cap.* 209. *n.* 4. *& seqq.*

6) Duar. *ad tit. Cod. si adv. dot.* Etsi nulla L. prohibet omnia in dotem dare, non tamen idcirco prudenter facit. Videndum quid prudens mulier faciat, non quid ei permissum sit. Sed recte Mudæ. *ad d. L. an.* non de eo inquiri, an omnia in dotem dederit, sed an circumventa id fecerit. Spectandus hic modus dotis, ex facultatibus & dignitate mulieris maritique statuendus *L. 60. de iur. dot.* Si enim omnia in dotem dederit pauperior longe ditiori, aut alias bene merenti, & tanta dote non indigno, læsa non dicetur. Contra sæpe & ei, quæ non omnia dedit, ceu læsæ subvenietur, add. Cagnol. *in L. 2. C. de resc. vend. n. 63. & seq.* Petrus Barbosa *in L. æstimatis 50. & seq. Sol. matr. n. 24.* Sic læsio insignis, quando iterato nubens secundo marito omnia doti dicit, nullo retento, unde liberis prioris matrimonii possit subvenire, Mauric. *C.* 209. *n.* 3. Sicuti & restitutio si pactum circa dotem inutile fecit *L. 48. §. 1. h. t.* Pluribus de restitutione contra donationem propter nuptias & dotem Mauric. *C.* 207. *& seqq.* Odd. *P. 2. Q.* 59. & ubi de restitutione minoris mariti ob exiguitatem dotis, item fratris ob immodicam dotem sorori constitutam. In parentes vero hoc non cadit, nec potest minor habere filiam nubilem. Moribus nostris quibus omnia uxoris bona doti censentur, omnibus maritus fruitur, etiam nulla dotis constitutione facta. Coler. *Decis.* 18. *n.* 3. *&* 4. *& Decis.* 57. *n.* 3. vid. Frid. Pentold. *in Addit. ad Decis.* Coleri. 286. *n* 205. *& seq.* (in quo labitur *Mauric. d. C.* 209. dum hunc morem ad ius commune accommodat, vid. Curt. *1. Conject. ad fr.* 39. Toming. *Decis.* 30.) quæstioni non tam locus amplius videtur in modo dotis ab ipsa muliere constitutæ. Superest autem in læsione circa pacta dotalia &c.

tas exigunt. Mens quidem prætoris haud dubie: cui propoitum eſt in hoc edicto minorum infirmitati & ſimplicitati ſuecurrere. *L.* 1. *D. de min.* Nihil autem tam contrarium eſt infirmitati ætatis, quam malitia; nihil tam inimicum ſimplicitati, quam fraus & dolus. Æquitas vero illa eſt, ut ne malitia ſua cuiquam lucroſa ſit, alteri damnoſa. *L.* 1. *D. de dol. L. non fraudantur*, §. 1. *D. de reg. iur.* neve in eo ulla ſit ætatis excuſatio, quo cuiquam propter eam adverſus dolum ſuum ſubveniatur. Huc pertinent egregiæ illæ ſententiæ veterum: deceptis non decipientibus iura opitulantur. *L.* 2. §. 3. *D. ad Vell. L.* 2. *C. ſi min. ſe maior. dix.* Et, infirmitas iudicii, non calliditas auxilium meruit. *d. L.* 2. §. 1. *ad Treb.* Et, malorum mores infirmitas animi non excuſat. *L.* 1. *C. ſi adv. del.* Et, malitia ſupplet ætatem. Dolus a minore admitti poteſt tam in contractibus, quam in delictis. Utrum horum factum erit, denegatur ei in integrum reſtitutio. *d. L. ſi ex cauſſa*, §. *nunc videndum, de minorib.*

X. In contractibus dupliciter aut ab initio in re contrahenda, aut poſtea re iam ante contracta.

XI. Ab initio ſic ſolet, cum minor [7] ſe maiorem eſſe dixit, quo citius ſecum tanquam cum maiore contraheretur. In quo hæc diſtinctio ſervatur, quæ traditur ſub *tit. C. ſi min. ſe maior. dixer.* eaque totius eius tituli ſumma eſt: ut ſi quidem falſa opinione ductus minor id fecerit; deceptus, puta, aut falſis tabulis ſuarum profeſſionum, ut in *L.* 1. aut priore aliquo iudicio, quo ſive iniuria iudicis, ſive adverſarii dolo pronuntiatus ſit maior, ut in *L. penult. & ult.* in hoc errore ei adverſus falſam affirmationem non denegetur beneficium ætatis: niſi tamen interpoſito ſacramento maiorem ſe affirmaverit: adverſus quod nulla eſt reſtitutio, ſi corporaliter præſtitum ſit: ſin inſtrumento tantum comprehenſum, ita reſtitutio eſt, ſi minor palam & evidenter ex [8] aliorum inſtrumentorum probatione, non per teſtes ſe minorem fuiſſe oſtenderit: hoc in *L. pen.* §. *ult. eod.* Quod ſi alterius circumveniendi cauſſa minor ætate ſe maiorem eſſe dixit, & ex aſpectu, ideſt, ex conformatione & figura corporis perſuaſit adverſario, ut quia geſtaret longiorem barbam quam pro ætate, aut quia rugæ aliquæ apparerent in eius vultu, aut cani aliqui in capite: placet non eſſe reſtituendum auxilio ætatis, quodcunque ex eo, quod per eam cauſſam cum alio geſtum eſt, damnum traxerit. *L.* 2. *L.* 3. in princ. *C. eod. L. minor*, 32. *D. eod.* Quo loco ſi de partibus probandi quæratur, non dubito, quin minor qui de ætate falſum affirmavit, niſi ſe falſa aliqua cauſſa deceptum id affirmaſſe [9] probet, audiri non debeat; quaſi pro adverſario ſatis ſit ad dolum minoris arguendum, quod is maiorem ſe cum non eſſet, affirmavit. Sive enim ſcivit ſe minorem,

7) Ex hac cauſſa reſciſſio contractus validi peti nequit per reſtitutionem. Secus volunt communius, quando contractus nullus ratione ſolemnitatis in contractu minorum requiſitæ. Quod probe notandum Odd. *P.* 1. *Q.* 24. *Art.* 4. Sed vid. Tiraq. *poſt LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 135. *& ſeqq.* & Seraphin. *Privileg. iuram.* 83. *n.* 4. *&* 3. *& ſeqq.*

8) Ita & Odd. *P.* 1. *Q.* 24. *Art.* 2. ut ſi non corporaliter præſtitum ſed verbotenus, audiatur, ſi non teſtibus, ſed ſcripturis probare vult. Multa enim ſunt, in quibus maior vis inſtrumentis, quam teſtibus, ut in probatione ætatis, quæ facile excidit. Duaren. *ad d. t. Cod. ſi min. ſe maior.* Sed Mauric. *C.* 170. *n.* 8. *&* 9. cum vis & efficacia ſacramenti a corporali præſtatione non pendeat, ſed ſolius iurantis animum intueri & metiri conveniat; nihil eſſe putat cur uno caſu minus quam alio iuvandus ſit, ideoque verſ. *ult. d. L.* 3. referendum putat ad eiuſmodi caſum, quo minor a reſtitutione excluſus, & reſtringendum ex prioribus, niſi ætatem probaturus. Quem ſequitur Mynſ. 4. *Obſ.* 20. *in fin.* Sed qui verba legis expendet, hæc non ſine eorum cavillatione admitti poſſe proſpiciet. Plane ſi dolo inductus minor, ut ſe maiorem crederet, iuravit, iuramentum ei non obſtabit. Quia cum dolo inductus ſit, ad credendum ſe maiorem eadem facilitate ad iuramentum proſiluit. Ergo argum. *L.* 41. *C. de trans. & eorum quæ infra Cap.* 13. Quanquam diſſentit Mauricius *d. C.* 170. *n.* 2. eo quod cum in verſ. *quod ſi d. L.* 3. dictum fuerit dolum adverſarii facere ut hæc aſſertio non noceat reſtitutioni; ſubiecta ſit exceptio, in verſ. *ſi tamen inſtrumento &c.* Sed immo is verſ. referendus ad proxime præced. verſ. *aditus*. Aliter enim adverſario ex dolo ſuo commodum minori damnum. Quia ſi dolus facit ne minori noceat iuramentum confirmatorium, utique & nec aſſertorium. Fr. de Caldas *ad L.* 3. *C. h. t. in deſinit. v. iaſis*, *n.* 8. add. Odd. *d. Q.* 24. *Art.* 5. Fr. Curt. Iunior *Conſ.* 118. *& ſeqq.*

9) Diſſentire videtur Duar. *ad d. t. C.* & apertius Mudæ. *ad L.* 2. *C. d. t.* Quia fieri poteſt, ut errore aliquo prius id dixerit, immo & bona fide apud iudicem probare niſus fuerit, *d. L.* 2. *t. C. d. t.* Ergo qui dolo factum dicit, probare debet. Confirmat hoc ex *L.* 3. *Cod. d. t.* ibi: *ſi tuum dolum non reppereris interceſſiſſe*; non dicitur ſi reppererit non interceſſiſſe. Denique reſtitutio hic non negatur ob mendacium, ſed ob id, quod eo minor adverſarium decepit. Et conſentit Seraphin. de Seraphin. *Privil. iuram.* 96. *n.* 12. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Minor. Reſol.* 3. *n.* 22. teſtans de communi. Quibus vel ideo accedo, quia hæc vis iuramenti appoſiti, ut minor poſtea allegans ſe erraſſe antea aſſerendo ſe minorem (nam ſi ſcientiam ſe fefelliſſe proponeret, propriam turpitudinem & periurium manifeſtaret) non audiatur, niſi liquidis inſtrumentis ætatem doceat. Nec præterea exigitur, ut de errore ſuo doceat. Quanto magis igitur, ſi non iurata eſt aſſertio, dolus abfuiſſe præſumitur. An autem hoc caſu quo ſine dolo proprio ex errore vel dolo adverſarii ſe maiorem dixit, duplex reſtitutio (1) adverſus contractum. (2) adverſus confeſſionem ætatis. Reſp. Mudæ. *ad L.* 2. *C. ſi min. ſe maior.* hanc non neceſſariam eſſe. Quia confeſſio erronea, ſive in iudicio, ſive extra id, quandiu non lata eſt ſententia, revocatur: ut ipſo iure non noceat. Et recte, quia cum error conſenſum excludat, neceſſe eſt, quicquid errore geſtum, ſi in ipſo quod geſtum eſt error, (non circa qualitates & accidentia) iure non ſubſiſtere. Quod ſi apud iudicem ætatem falſo probavit v. *L.* 7. *C. h. t.* nota *L.* 9. *C. de probat.* contra illam probationem datur reſtitutio, Mudæ. *d. lo.* Diſſentit quoad prius Mauric. *d. C.* 170. *n.* 12. Mynſ. 4. *Obſ.* 20. Fuſe de hac iurata aſſertione tractat A. Quetta *Conſ.* 43. *& aliquot ſeqq.* add. Fr. Milaneuſ. *Dec.* 2. *Lib.* 1. Seraphin. *Priv. iuram.* 96.

norem, aperte dolus est: sive ignoravit, hoc ipso dolo fecit, quod cum nesciret, se talem [10] affirmavit sui lucri caussa: certe hi duo in eadem caussa habentur in *L. Iulianus*, *§. quod autem*, *D. de action. empt.* Et hoc, nisi quid ipse contra adferat. At hoc si facit, quia ab illo ad defensionem suam ac veluti exceptionem dicitur, etiam ab illo probari debet. *L. 1. L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Significaturque hoc satis in *L. ultim. C. eod.* his verbis: *qui* (praeses) *si aestimata aetate tua maiorem annis falsa opinione te praesumpsisse ex probationum luce cognoverit: erga minoris personam fidem veri sequetur.* Volunt ergo illic Imperatores probari praesidi minorem falsa opinione praesumpsisse, quod affirmabat. Iam hoc nisi a minore ipso dici aut probari non potest. Si enim hoc adversarius confiteretur, neque lis esset, neque rei confessae probatio quaereretur.

XII. Sed totum hoc, quod de minore diximus, qui sciens circumveniendi adversarii caussa falsum affirmavit; sic accipiendum est, si adversarius ignoravit eum minorem esse, qui se maiorem dicebat. Quod si [11] scivit esse minorem, quominus adversus eum restituatur minor, nihil ei superior affirmatio obstabit. Nam qui scivit, si simulavit se minoris affirmationi credere, is non a minore, sed a se decipitur. *L. is qui se.* & *L. nam si actor*, *seq. D. de rei vindicat.* &, ut est regula iuris; *nemo videtur fraudare eos, qui sciunt, & consentiunt*, L. nemo videtur, *D. de regul. iur.* Enimvero si de eo erit controversia, an adversarius id sciverit, quia is se scivisse neget, minor affirmet: in hac affirmatione minoris probatio erit, ut & in alia omni probatio eius est, qui dicit, non eius qui negat. *L. 2. L. verius*, *D. de probation.*

XIII. Sed hoc ita, nisi sit aut tutor, aut cognatus aliquis maior sanguine proxime minori coniunctus, puta avunculus, patruus, aut frater maior annis, qui cum minore quid gesserint. Hi tales habentur, ut tutor quidem propter officium tutelae in quo tutori convenit penitus pupilli personam perspectam habere, quam recte tueatur, & scire, quandiu officium suum duret, quando & qua aetate minoris finiatur; superiores autem cognati propter proximitatem sanguinis non putentur ignari esse aetatis eius, de quo agitur. Hac de caussa placuit, si quid cum his gesserit minor, puta his praestiterit liberationem, quanvis id fecerit aetate tua falso affirmata & probata; nihilominus tamen eum adversus superiores in integrum restitui posse: ut pote eos, qui aetatis minoris non ignari, dici non possint decepti esse contraria minoris affirmatione. Sed nec minorem in hac caussa probare debere aetatis suae eos non fuisse ignaros; quia satis conditione personae pro iis habeantur, qui non ignorent: haec sententia est, atque hic locus [12] *L. de tutela*, *C. de in integr. restit. min.*

XIV. Re iam contracta dolus admittitur a minore in contractu, si quid in rebus ad eum contractum pertinentibus sciens faciat intervertendi aut corrumpendi caussa: puta in deposito, commodato, conducto, mandato, societate quid intervertat, aut sciens prudens frangat, rumpat. Quodcumque his factis damnum praestandum erit minori, non eo magis restituetur in integrum, etsi insigniter sit laesus, *d. L. si ex caussa*, *§. nunc videndum*, *D. de min.*

XV. In delictis minoris dolus est, cum is delinquit data opera sciens: seu cum sciens quid facit eorum, quae in speciem aliquam delicti cadunt: puta, furatur, rapit, iniuriam facit, damnum dat consulto: dum tamen minor is sit, qui infantiam egressus proximus sit pubertati: qui solus existimatur doli capax. *L. impuberem*, *D. de furt. L. 4. §. quae in tutore*, *D. de do. mal. excep. §. in summa*, *Inst. de oblig. quae ex del.* Eum vero qui dolo ista faciat, adversus ea in integrum [13] non

10) Facilis responsio non debuit. Recte. At hoc ipsum tamen quod ignorata affernit facilitas, est culpa *d. §. 3. v. facilis.* Cui ipsi restitutio subvenit.

11) Et ita si ex utriusque parte dolus, restitutio cessat, Odd *d. Q. 24. Art. 7.* Mauric. *C. 172.* Myns. 4. *Obs.* 20. quia dolus dolo compensatur *L. si duo 16. D. de dolo* Perinde igitur est ac si neuter dolo fecisset, atque sic minor restituitur attento lubrico consilii. Et cum ambo sint in pari turpitudine minor potior, non quia de damno certat, ut Sich. *ad L. 7. C. de in int. rest. n. 4.* potest enim & alterius damnum verti etiam magis, sed beneficio aetatis. Obiic. At dolus minoris hic quoque faciet ne lubrico aetatis laesus videatur, qui probe novit dolum aliis construere. Nec ope praetoria dignus sua calliditate deceptus. Resp. Mudae. *ad L. 2. C. d. t.* distinguenda sunt obiecta doli, seu materia circa quam dolus versatur. Potest minor dolo mentiri aetatem; potest item altero dolo dissimulare notitiam aetatis. At circa negocium quod geritur potest fieri, ut vel minor solus vacet dolo, vel uterque, utque solo lubrico aetatis laedatur minor.

12) In qua L. speciem esse putant doli ex parte utraque. Et probat Mauric. *C. 172. n. 4.* ex vocula *falso*, quia falsitas purum & verum dolum arguat. Quae tamen ratio tanti non videtur. Plane *ex d. L. 7.* regulam conficiunt, quod coniunctus aetatem scire credatur, vid. Mauric. *C.* 318 Quod Sich. *ibid. n. 9.* declarat, si sit magnae aetatis, non si paris propemodum, quia, ait, sensus corporeus deficeret.

13) In restitutione enim petitur venia erroris proprii, *L. 7. h. t.* & allegatur captio lubricae aetatis: Impudens vero qui delicti veniam petit, Duar. *ad n. 1. C. Si adv. del.* Et magis interest Reipublicae delicta puniri quam minoribus subveniri, A. Fab. *ad L. 9. §. 2. h. t.* vid. Mauri. *C. 153. & seqq.* Odd. *P. 2. Q. 80.* Io. Petr. Surd. *Decis.*

non restitui constat. *d. L. ex caussa*, §. *nunc videndum*, *de minor.* Quod sane minus mirum est in delictis, cum ne in contractibus quidem isti dolo relicta sit restitutio in integrum. Illud in delicto non numeratur, quod minor ad sententiam audiendam citatus non adfuit, eoque & absentis tanquam [14] contumax condemnatus est. Fieri enim potest, ut absit vel per imperitiam, vel per incuriam ætatis, & iuris sui neglectum, vel etiam hoc animo, ut iure suo cedat. Ideo recte dictum est, minorem etsi quasi contumax condemnatus sit, tamen in integrum restitutionem implere posse. *L. minor*, 8. *D. de min.*

XVI. Sed in delictis hoc amplius quæsitum est, an in his omnino subveniri non debeat minoribus, etiamsi ab his dolus malus absit: veluti, si damnum dederit iniuria, id est, culpa. Nam & hoc delictum est, quod lege Aquilia vindicatur: nec delicta solum sponte, sed etiam ignorantia & imperitia quadam contrahuntur, ut est in *L. 1. D. de legib.* Rem dubiam fecerunt veterum de hac parte sententiæ pleræque ita scriptæ, ut minoribus in delictis generaliter & sine exceptione in integrum restitutionem adimant. Sic definit [15] Ulpianus in *d. L. si ex caussa*, §. *nunc videndum*. Placet in delictis minoribus non succurri. Tryphoninus eodem modo in *L. auxilium*, *D. eod.* in delictis, inquit, cessat in integrum restitutio; in delictis minor viginti quinque annis non meretur in integrum restitutionem. Sic & Imperatores in *L. 2. C. si adv. del.* in delictis, aiunt, ætate neminem excusari constat: nec quidquam isti omnes addunt quo distinguatur, quomodo delicta contracta sint. Quinetiam Ulpianus ibidem quasi delicta, quæ culpa tantum admittuntur, nominatim in eandem regulam inclusurus, cum superiorem regulam posuisset, exempla subiiciens ita scribit: nam etsi furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. Dixit iniuria, non dolo. Scimus autem in lege Aquilia iniuriam non significare dolum, sed generaliter culpam, ut intelligatur etiam ea quæ dolo careat, & quidem levissima.

Tom. V. Cccc *L. 5.*

cis. 216. Fr. de Caldas *ad L. 3. C. h. t. in defin.* verbo *vel adversarii dolo n. 37. & seqq.* Sed hæc in delictis veris, & quæ admissa constat, si de restitutione adversus ipsum delictum agatur. Non si reus delicti in processu læsus omissione allegationum. Caldas *d. lo. n.* 39. Quin & contra confessionem delicti restitutionem concedunt DD. si se errasse proponat *L. 6. §. 5. de confess.* de quo Io. Ant. Trigona *Singul.* 52. Gutierez. *in Repet. auth. Sacram. puberum n.* 131. *& seq.* (ubi idem statuit, etsi confessio iurata. Menoc. C. 268. Mauric. C. 327. *& seq.* Caldas *d. loc.* Gomez. 3. *Resol. 1. n.* 66. Fachin. 1. *Contr.* 72. Beust. *ad L. 9. §. 4. de iureі. n.* 87. Non obst. *L.* 37. vers. *sed ubi*, ibi: *si se adulterum fateatur*. Quæstio enim ibi an sit deprecatio pœnæ post confessionem, in qua persistit minor; non an revocatio confessionis allegato errore. (Dist. Sarmient. 3. *Select. Interpr.* 13.) Immo & contra transactionem omissam in pœnali actione civili restitui minorem vult Azo *in Summa C. Si adv. delict. n.* 1. Sed male per ea, quæ supra C. 8. *N.* 4.

14) Facit *L. 15 §. 22. de damn. inf.* Obiic. Non potest dolo carere contumax *L. 199. de R. I.* Resp. Pac. 2. Q. 93. non omnem contumacem esse in dolo, sed qui in exsecutione non paruit per *L. un. Si quis ius dic. non obt.* A. Fab. *in d. L.* 8. minorem non posse dici contumacem *L. 54. de re iud. L. 4. C. Si adv. rem. iud.* ideoque dici *quasi*, *d. L.* 8. quia ubi condemnatus non quæritur, qua ratione: sed quid iudicatum, ideoque restitutio necessaria. Sed Caldas *in defin. v. læsi n. 3. & seq.* reprobatis iis qui in minorem contumaciam non cadere volunt (eainde quod solus in iudicio consistere nequit, ad quod Resp. in delictis curatoris auctoritatem non spectari: accipit *d. L.* 8. de ficto contumace, in quo præsumptus dolus per v. *quasi* improprietatis notam, quomodo & Bald. *ibid.* referente Tessauro *Decis. 9. n.* 8.) & probat Gotier. *Lib. 1. Pract.* Q. 48. qui & vid. *Lib.* 3 Q. 37. Quia iura præsumant ex errore potius, non comparuisse. Contra igitur, si dolus verus probetur. Verum contumacem minorem & de dolo convictum statuit, quando personaliter citatus respondit se nolle comparere C. *venerabilibus §. fecnt de sent excom.* (in quo consentit Vasq 2. *Contr. usu freq* 31 *n.* 8. (communem esse testatur Natta *Tomo 1 Cons.* 17. *n.* 4.) Aliud, ait, si ad domum citatus & certior factus, aut protestatus in iudicio se nolle in Iudicem consentire. Hic verus quidem contumax, sed extra dolum verum, proinde restituitur, ita Caldas. Sic Mauric. C. 169. minorem verum contumacem, nec contra ipsam contumaciam, nec contra sententiam inde latam restitui. Sed num minor ita restitutus adversario expensas solvere tenetur? Aff. Fachin. post alios 8. *Contr.* 104. *&* 10. *Contr.* 2. quod absurdum sit adversarium ex contumacia minoris earum iacturam facere. Contra Tessaur. *Decis.* 9. Ex *d.* vero *L.* 8. illud generalius inferunt Restitutionem dari adversus dolum præsumptum, post alios Natta *Tomo 1. Cons. 17. n. 3 & seqq.* si tamen de præterito sit, non si de futuro, Vasq. 2. *Contr. usufruq.* 31. *n.* 2. *&* 3. Mauric. C. 163. *& seq.* Quod bene declarat Odd. Q. 80. *Art.* 3. non minori hic succurri, tametsi malitia præsumatur; sed quod iis casibus, quibus maiores in dolo esse crederentur, in minori præsumatur negligentia, non dolus, add. Cels. Bargal. *Lib. 2. de Dolo Divis.* 3. *C. 2. n. 54. & seq.* Gutier. *Lib. 1. Pract.* Q. 49.

15) Exemplum in *d. L. 9. §. 5. h. tit.* Pac. 2. Q. 90. Et Duar. *ad d. t. C.* exempla profert ex tit. *de in ius voc.* & *Ne quis in ius voc. vi eximat*. Minor enim, ait, iuvenili ætate istiusmodi admisisse creditur. Etsi culpa lata sit, quia in delictis dolo non comparatur *supra Lib.* 16. C. 7. *n.* 20. Odd. Q. 80. *Art.* 6. Male vero qui solum in atrocioribus delictis negant restitutionem, per *L. 37. h. t. utique atrocioribus*. Ea enim verba excludunt dubitationem eorum, qui in his concedebant. Et *utique* sæpe *maxime* item *etiam* significat, Caldas *in definit. v. vel adverſ. dolo. n.* 39. Sunt qui inter delicta quæ in committendo & quæ in omittendo distinguunt Gabr. Sarayna *in Annot. ad* Mathesilan. *Sing.* 164. *n.* 3. Corset. *Sing.* 262. Quos reprobat P. Fab. ad *L. 221. de R. I. pag.* 511. quia non minus peccat LL. vetitum admittens, quam iussum prætermittens, & A. Fab. ad *d. L. 9. §.* 2. non obstare *L. pen C. Ex quib. cap. inf.* Quia, ait, non ibi restitutio, sed minor servatur illæsus ne deliquisse videatur. Scite de hoc dist. Odd. *d.* Q. 80. *Art.* 2. quem adi. Plane si ex lege Aquilia conventus ob inficiationem in duplum teneatur, adversus id restituitur *d. L. 9. §.* 2 vers. *sed si*. Quia restitutio non adversus delictum fit, sed adversus id, quod ex levitate & inconsulto mendacio accessit pœnæ ei, quam improbitas merebatur, A. Fab. *ibid.* Et ita Mauric. C. 252. *n.* 3. mendacium, licet vitium in se habeat, non tamen esse verum delictum, ac Duar *ad d. t. C.* in minore credi ex temeritate potius profectum, quam ex dolo. Melius Caldas *d. loc. n.* 41 restitui *d. §.* 2. non tam contra mendacium, quia id non sit caussa, cur inficiatus in duplum condemnetur, quam contra ipsam dupli condemnationem, quæ ex eo fit, quod adversarius gravatus est onere probandi *L. 30. pr. de iureі.* Aliter Sarmient. 3. *Select. interpr.* 13. *n* 9. & aliter Cels. Bargal. *de Dolo Lib. 2. C. de Dolo vero & præsumpto divis.* 1. *n.* 88. quod dolosum haud sit mendacium, non lucri, sed damni vitandi caussa dictum.

L. 5. §. iniuriam. L. si putator. L. in lege, 44. D. ad leg Aquil Sed etsi hoc in superioribus locis dubium esse potest, quomodo ea regula quam retulimus, accipienda sit: tamen omnis dubitatio sublata est rescripto Severi & Antonini, quod extlat in *L. 1. C. si adv. del.* quo etiam in delictis restitutio in integrum minoribus diserte tribuitur, si non ex animo & dolo, sed culpa & imprudentia quid deliquerint. Nam verba hæc sunt: *In criminibus quidem ætatis suffragio minores non iuvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit, noxia non committitur, etiamsi pœnæ caussa pecuniæ damnum irrogetur*, (ut fit in lege Aquilia damno culpa dato.) *Et ideo minoribus in hac caussa in integrum restitutionis auxilium competit*. Ait rescriptum*: si delictum non ex animo, sed extra venit*. Sensus est; si delictum non proficiscitur ex animo, id est, ex studio & cogitatione nocendi: sed extra hunc animum, id est, aliunde quam ex animo & voluntate malefaciendi: tum restitutionis auxilium etiam in delicto huius generis competit. Sic autem legendum esse, ut modo verba retuli, quæ fere recepta lectio est; non autem ut in aliis exemplaribus quibusdam; *si delictum non ex animo, sed ex* [16] *contractu venit*, ratio certa evincit. Pessime enim opponerentur hæc inter se, delictum ex animo veniens, & delictum veniens ex contractu: cum fieri possit, ut delictum in contractu admissum non minus veniat ex animo & dolo minoris, quam si admissum esset extra contractum. Adde quod falsissima sententia est, restitutioni semper locum esse in contractu, cum ne hic delictum ex animo veniens sit impunitum, nec minus adversus id cesset in integrum restitutio. *d. L. si ex caussa, §. nunc videndum, D. de min.* Iam expendatur & ratio, qua rescriptum utitur, dum negat in criminibus minores ætatis suffragio adiuvari. *Etenim*, ait, *malorum mores infirmitas animi non excusat*. Hæc quidem ratio ad eos, qui culpa peccaverunt, sive in contractu, sive extra id fecerint, omnino non pertinet. Non enim mali sunt, qui nocere non cogitant, quod iis accidit, qui per imprudentiam alteri nocuerunt; sed qui id animo & consilio faciunt, ut cum se nocere sciant, nihilominus id faciant. Sunt ergo hæ res duæ, quæ faciunt, ne minor læsus, videatur læsus esse sua facilitate: eventus damni improvisus, & minoris ipsius dolus. Quæ duo si aberunt in re cum minore gesta, & is vere læsus erit: tum vere dixerimus læsum eum esse facilitate sua & lubrico ætatis. Ut sic iam efficiantur duæ illæ circumstantiæ facti, quæ minoribus in iis, quæ cum ipsis gesta sunt, tribuunt in integrum restitutionem; quod læsus est, & quod læsus lubrico ætatis.

XVII. Quæ cum omnia concurrent ad caussam in integrum restitutionis minorum, deest adhuc quartum, de quo initio propofuimus, & vetere edicto comprehensum est, tempus scilicet in integrum restitutioni præstitutum. Pertinere vero maxime hoc tempus ad caussam in integrum restitutionis ex eo intelligi potest, quod passim quibus in caussis dicitur competere minori in integrum restitutionem, fere semper adiicitur hæc conditio, si postuletur intra statutum tempus, vel si statuta tempora largiantur, & si quæ sunt orationes aliis verbis idem exprimentes: ut *L. 2. L. 3. L. de tutela, C. de in integ. rest. mi. L. 1. L. 2. C. si adv. cred. L. 1. C. si min. se maior. dix.* Hoc tempus in restitutionibus minorum ita est, ut est ætas eius qui restitutionem postulat. Nam minor læsus potest & maior factus in integrum restitutionem postulare, potest & quandiu est minor, quanvis adversario periculose; cum adversus rem de ea restitutione iudicatam minor iterum in integrum restitutionem interdum postulare possit: de quo postea. Nunc hoc constet, etiam ante impletum 25. annum posse a minore [17] restitutionem implorari. *L. minoribus, 5. C. de in int. rest. L. 1. C. si adv. vend. pig. L. 1. C. de temp. in integ. rest.* Si ergo minor in integrum restitutionem postulabit, quandiu ea ætate est, perpetuo recte postulat, totumque eius ætatis tempus illi ad eam petitionem integrum est. Intelligimus ex eo, quod quæ exceptio adversus huius ætatis silentium minori obiici potest, ea est exceptio seu præscriptio temporalis. Effectum est autem supra præscriptiones temporales minoribus non currere. *L. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est*.

XVIII.

16) Sicuti & legit Cuiac. *in Par. C. d. t.* auctoritate Basilicorum. Exponit autem ita: ex re ipsa, facto ipso, vel involuntario contractu. Verum in manuscriptis, quos Augustæ, Argentinæ, Basileæ, & Heidelbergæ, alibique consului, constanter legi *extra*.

17) Ubi tamen ratio dubitandi quia id periculosum adversario videtur. Nam si forte restitutio negetur, alia nova inde petitio nasci videtur, si proponat se læsum esse in petitione restitutionis, & aliqua omisisse; atque ob id se restitui velit, sic restitutio una trahet aliam, & caussa alterius; nec erit ullus finis. Mudæ. ad *d. L. 5 C. h. t. sub fi.* Sech. *ibid. n. 4.* Et potest eam ipse minor per se postulare *L. 25. §. 1. h. t.* auctore tamen tutore vel curatore, Odd. *P. 3. Q. 31. Art. 5.*

XVIII. Poſtquam autem minor maior factus eſt, ex eo tempore fuit olim reſtitutioni in integrum poſtulandæ ſtatutus annus utilis; hodie pro anno utili, de cuius diebus quibuſnam agi potuerit, aut non potuerit, nimis multæ olim & magnæ controverſiæ oriebantur; conſtitutum a Iuſtiniano [18] quadriennium [19] continuum, numerandum ex eo die, quo annus utilis cedebat; quod tempus ille & in maiorum reſtitutionibus pro eodem illo utili anno qui & his olim præſtitutus erat, generaliter obſervari voluit: ea eſt *L. ult. C. de temp. in int. reſt.* Excipiemus tamen actionem de dolo, quæ a Conſtantino multo ante conſtituta intra biennium continuum dumtaxat, *L. ult. C. de dol.* etiam nunc poſt conſtitutionem Iuſtiniani idem illud tempus retinere intelligenda eſt. Etſi enim lex Iuſtiniani, quæ longo poſt tempore ſecuta eſt, in maiorum reſtitutionibus quadriennium continuum conſtituit, nec ullas excipit; tamen nihil amplius quam generalis conſtitutio eſt: cuiuſmodi conſtitutiones numquam derogant iis quanvis prioribus, quibus diverſum ius conſtituitur de ſpecie una aliqua eiuſdem generis. Id enim eſt, quod regula iuris traditur, in toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimum haberi, quod ad ſpeciem directum eſt. *L. in toto iure, D. de reg. iur.* Dici & illud non inepte poteſt, conſtitutionem Iuſtiniani ſcriptam eſſe de in integrum reſtitutionibus in hoc numero proprie non eſſe actionem de dolo, ut ſupra oſtendimus in reſtitutionibus maiorum. Ergo ſi quis maior factus intra id quadriennium reſtitutionem poſtulat, recte poſtulat, eo adiecto non audietur. Sed ſatis eſt [20] intra id tempus poſtu-

18) Ante *d. L. ult.* ex lege Conſtantini *L. 2. C. Th. de in int. reſt.* pro anno utili Romæ quinquennium, in Italia quadriennium, in provinciis triennium ſubſtitutum erat. Quod diſcrimen *d. L. ult.* ſuſtulit Cuiac. 2. *Obſ.* 18. Gallis loco quadriennii decennium continuum, conſtitutione regia, intra quod ſufficit litem conteſtari, Baro *ad tit. de in int. reſt. & tit. de minor. in iure Gallico.* Duar. *ad t. C. de temp. in int.* P. Greg. 50. *Synt.* 1. *n.* 3. Speciale quid iure noviſſimo in reſtitutione contra omiſſam querelam non numeratæ dotis, ut ſcilicet non tranſcendat 52. annum a die nuptiarum. Unde ſi 15. anno nuptiæ contractæ, intra 27. annum queri neceſſe eſt *N.* 100. *C.* 2. *pr.* de quo vid. omnino Azo *in Summa C. h. t. n.* 5. 6. 7. Enimvero DD. noſtri hoc quandoque coarctant. Ut ſi ea lapſu temporis minori incommodum & adverſus eum lapſum petatur reſtitutio. Petendæ enim reſtitutioni non plus temporis concedunt, quam quantum lapſum eſt, & in quo læſionem accepit, Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in definit.* v. *infra legitimum tempus n.* 8. Sed contra Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 10. M. Ant. Caimus *de Tempor. in int. reſt* tum quia *d. L. ult.* generaliter loquitur, tum quia olim uſucapioni rei mobilis annus continuus. Et tamen prætor generaliter annum utilem dedit petendæ reſtitutioni contra uſucapionem. Diſtinguit hic Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 4. add. Mauric. *C.* 42. Quandoque proferunt. Ut in Eccleſia ob enormem læſionem *C. ad noſtram de reb. eccl.* Cravetta *de Antiq. temp. P.* 4. *§. penult. n.* 71. & Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 71. n. 7. & 8. Minor enim lapſu temporis videtur tacite ratum habere arg. *L. ult. C. ſi mai. fact.* Eccleſia ſemper minori comparatur, nec unquam potuit effici maior. Caldas *in definit.* v. *vel adverſarii n.* 10. Dices: Ac ſic eccleſiæ nunquam curret hoc quadriennium contra *Cap.* 1. *&* 2. *ext. h. t. clem.* 1. *eod.* reſp. Sed contra placuit, quia incivile foret ſi nullo tempore tutus eſſet, qui cum eccleſia contraxit, ipſique eccleſiæ noxium nemine cum ea contrahente arg. *L.* 24. *§.* 1. *h. t.* Odd. *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 3. Sane & univerſitati reſtitutionem dari intra quadriennium, non autem, ut *quidam*, intra id tempus, quod læſionem induxit communius eſſe ſcribit Nicol. Loſæ. *de Iure univerſitat. P.* 3. *Cap.* 18. *n.* 20. Item in minoribus & aliis, ubi enormiſſima læſio. Pro quo Fr. de Caldas *in definit.* v. *infra legitimum tempus n.* 9. plures citat auctores, & *textum Cap.* 1. *ext. h. t.* verbis: niſi fraudis &c Hic enim fraus & dolus, ait, re ipſa inſunt. Et facit *L.* 9 *pr. h. t.* Uti enim ob grave damnum a regula illic propoſita receditur, ita & a noſtra hac, add. Odd. *P* 1. *Q.* 19. *Art.* 1. Ut & in reſtitutione adverſus ſententiam contra matrimonium Caldas *d. loc. n.* 6.

19) Dicitur continuum, quia ubi cœpit currere, ſemper continuatur, nec interrumpitur, etſi dies incideret quo non liceat experiri, Duar. *ad h. t. C. f.* 135. Et hoc eſt quod vulgo: Utile eſſe tempus in initio, ſed continuum in progreſſu. Nec currere niſi a tempore ſcientiæ, Stch. *ad Rub. C. de in int. reſt.* n. 3. vid. Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 35. *Gl.* 4. *n.* 44. Menoch. *Lib.* 5. *Præſumpt. Q.* 71. *& Recup. poſſ. Remed.* 5. *n.* 115. ubi ex Socino tradit ſufficere præſumptam ſcientiam, Caldas *d. loc. n.* 3. quia ait, in *d. L. ult.* negligens excluditur. Ignorans, negligens dici nequit, & Odd. plurimis citatis *P.* 1. *Q.* 10. *Art.* 4. Gail. 1. *Obſ.* 48. *n.* 5. (Contra Weſ. *in Par. ex quib. ca. mai.* n. 10.) Et hoc tempus commune maioribus *d. L. ult.* Sed minori currit a die quo maior factus *d. L. ult.* niſi veniam ætatis petierit. Ubi a die non veniæ impetratæ, ſed quo Iudici intimata eſt *L.* 5. *pr. C. h. t.* Duar. *ad d. t. C* Et in iis negociis quæ minor geſſit. Non in illis quæ perfecta ætate geſta in iſto quadriennio, ut ſi anno 27. ætatis læſus, non habet reſtitutionem intra biennium *tex. L.* 19. v. *diverſam de novat.* Caldas *d. loc. n.* 11. Maiori autem a die læſionis ceſſantis vel reverſionis, itemque Eccleſiæ & Reipublicæ aliiſque, qui iure minorum utuntur, Gomez. 2. *Reſol.* 14 *n.* 8. Odd. *P.* 1. *Q.* 20. *Art.* 3. Mauric. *C.* 42. *n.* 2. alias his nunquam curreret. Subducitur vero tempus, quo Reipublicæ cauſſa abfuit, & omnis legitima cauſſa, ac impedimentum *d. L. ult. §.* 1. vid. Azo *in Summa C. h. t. n.* 8. Quid ſi iudicio de nullitate contractus vel ſententiæ pendente labatur quadriennium? Non nocere vult Caldas *d loc. n.* 13. & per *L.* 16. *C. de inoff.* & quia ob remedium nullitatis reſtitutio ceſſat *L.* 56. *h. t.* Unde quandiu de nullitate agitur, non currit tempus reſtitutionis, experiri ea impedito. Quid ſi contractus conditionalis, an tempus currit a die contractus maiori, vel minori a 26. anni initio; an a conditionis eventu? Prius placet Mudæo ad *d. L. ult.* Quia hic reſtitutio non intenditur ex contractu conditionali, ſed de illo aut propter illum ex læſione, quæ nunc circa eum apparet, add. Odd. *P.* 1, *Q.* 20. *Art.* 6. Sicuti & in uſucapione & præſcriptione non currit demum ab ea perfecta, vel completa, Odd. *d. Q.* 20. *Art.* 2. Mauric. C. 44.

20) Atqui hoc tempus datur ad finiendam litem, *d. L. ult. in fin. pr. & clem.* 1. *ext. de in int. reſt* Ac etſi Rebuff. pro eo legit *inchoandam*, itemque Caldas *d. loc. n.* 1. in fin. *faciendam* & alii *ineundam*, id eſt, ineundam referente Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. *in fin.* Recte tamen Duar. *ad d. t. C.* retragari correctioni omnes codices, & Forn. *d. loc.* Quin & olim annus utilis non tantum ad incipiendam, ſed & peragendam reſtitutionis litem *L.* 5. *&* 6. *C. d. t. d. L.* 39. *D. h. t.* ubi A. Fab. & conſentit Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 12. Mauric. *Cap.* 46. *& ſeq.* Octav. Veſtrius *Lib.* 8. *Pract. aula Rom. C.* 3. n. 14. Contrariam tamen opinionem uſus ſervat, Caldas *d. loc.* Et Curia Imperii Spirenſis. Sæpius in ea reſtitutionis lis longo intervallo deciditur, teſte Mynſ. 1. *Obſ.* 51. *n.* 8. Cæterum quadriennio excludi reſtitutionem, etſi in modum exceptionis opponatur, vult Caldas *d. loc. n.* 50. Nam, inquit, regula: Annalia ad agendum, perpetua ad excipiendum valet, quando remedium exceptionis agendo proponi nequit. Ubi in poteſtate non eſt excipientis exceptionem antea in iudicium deducere, vid. *infra Lib.* 22. *Cap.* 2. *n.* 25. *N.* 15.

postulasse, quanvis actor propter appellationem ab adversario interpositam caussam restitutionis peragere intra id tempus non potuerit. Finge cum actor de ætate sua probasset, & dicta esset pro ætate sententia, adversarium ut reliquam cognitionem impediret, ab ea sententia appellasse: deinde iniusta appellatione pronuntiata actorem reliqua negotii implere velle tum, cum iam legitimum tempus egressus deprehenditur. Respondit, cum per actorem non steterit, quominus intra statutum tempus res finem acciperet, perinde nunc de reliquis agi posse, atque si actor intra ætatem esset. [21] *L. intra*, *D. de minor.* Quod tamen dicimus sufficere ad restitutionem impetrandam petiisse intra statutum ad eam rem tempus; hactenus verum est, nisi litem intra id tempus contestatus postea destiterit: desistenti nihil proficit ad in integrum restitutionem contestatio. Destitisse autem videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum. *L. Papinianus*, 20. in fin. *L. destitisse*, 21. *D. eod.* Exactum autem semel sine petitione restitutionis tempus nulli prorogatur, qui interim petere restitutionem potuit: ac ne [22] exuli quidem reverso, qui potuit per procuratorem desiderare in integrum restitutionem. *d. L. Papinianus*, in princ

XIX. His cognitis tenemus eas caussas, quæ restitutionem in integrum minoribus viginti quinque annis pariunt, Ex quibus intelligitur rectam omnem institutionem actionis eius, qua minor desiderat in integrum restitui, quatuor hæc complecti debere, personam minoris, huius factum, facti eius superiores circumstantias, tum tempus statutum: ut scilicet minor ita intendat: illud aut illud a se factum esse, cum adhuc minor esset viginti quinque annis: in eo se læsum esse, & læsum errore ac lubrico ætatis, & tempus statutum suppetere ad in integrum restitutionem postulandam. Ideo se petere, ut in integrum restituatur.

XX. Ex hac intentione obiter quæri cœpit de probationis onere in superioribus intentionis partibus. Occasio quærendi ex quibusdam locis nata est, in quibus videtur aliquid constitui præter ius commune de probationibus. Quæritur igitur, an id ita sit, & si est, quam rationem habeat. Nos vero paucis sic habebimus, quæ in aliis caussis & iudiciis omnibus communis lex est de onere probationis, eandem servari & in integrum restitutione adversus minores. Probationum hæc lex est communis, ut qui dicit, probare debeat, quod intendit. *L. 2. D. de prob.* Proinde ut probatio sit actoris, si negetur quod intendit: rei, si intentione confessa aut probata, ipse aliqua exceptione & remotione utatur. *L. verius*, *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Sciamus & hoc in persona minorum in omnibus superioris intentionis partibus valere. Probare ante omnia [23] ætatem debet, ut indicatur in *L. intra D. de minor.* Proinde & cætera, de quibus pariter affirmat: se læsum esse in eo quod cum ipso gestum est, quod & ipsum traditur in *L. nam postea*, *§. si minor*, *D. de iurei.* se læsum sua facilitate: & versari se intra tempora in integrum restitutionis. Sic autem borum omnium probatio facile expedietur. Probabitur ætas, ubi probata erit hora vel dies nativitatis. Nam exinde computando ætatis annos, & conferendo cum eo tempore, quo res gesta est cum eo, qui tum se minorem fuisse dicit, facile intel-

21) Et ita exceptio est *dicta L. ult. principium* in *d. L.* 39 nisi dilatione moratoria & calumniosa adversarii lis in longius tempus protracta. Idemque est si per iudicem factum quo minus lis intra quadriennium terminaretur, Myns. 1. *Obs.* 51.

22) Vid. not. *supra C.* 5. *N.* 8. Consensu vero partium prorogari posse volunt, Mauric. *C.* 47. *n.* 4. *&* 5. *& n.* 11. Odd. *P.* 1. *Q.* 19. *Art.* 10. *n.* 86. *& Art.* 12. *n.* 93.

23) *L.* 4. *C. h. t. L.* 9. *C. de prob.* Nam regula qua de præterito in præsens præsumitur, non procedit in iis, quæ solo temporis cursu mutantur, Sich in *d. L.* 4. *n.* 2. Odd. *P.* 1. *Q.* 37. *Art.* 1. *n.* 5. Idque sive agendo, sive excipiendo ætatem proponat, Mauric. *C.* 315. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Minor. Resol.* 2. *n.* 2. Et generatim eius est probatio qui suam intentionem in ætate fundat, vel sua vel adversarii, Io. Pet. Surd. *Decis.* 75. *n.* 19. De qua probandi necessitate, deque modis probandæ ætatis fuse Odd. *d. Q.* 37. perplures species recensens Mauric. *d. C.* 315. *& seqq.* Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in definit. v. Minoribus*, *n.* 10. *& seqq.* Mudæ. ad *L.* 4. *C. h. t.* Sich. *ibid. n.* 6. *&* 7. Trentacinq. *d. Resol.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Curt. Iunior *Cons.* 118. *n.* 8. Menoch. 2. *Præsumpt.* 50. *& seq.* Plane ex eo quod Curatorem habeat minor satis non probata ætas, Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 11. Ut nec per actus iudiciales, vel extraiudiciales cum aliis, quibus semper curatoris auctoritas adhibita, quia res inter alios actæ aliis non obsunt, Maynard. *Lib.* 3. *Decis. Tolos.* 54. Sed & si minor in uno contractu se maiorem esse iuraverit, non præiudicat in aliis, ut post Accursium A. Fab. ad *L.* 43. *h. t.* Tametsi sententia super probatione ætatis, caussa cognita, ius faciat in aliis quoque caussis, & inter alias personas per *L.* 43. *h. t.* Quia sententia lata de re, ad statum personæ pertinente, qui unicus & individuus, perinde ac persona ipsa. Ant Fab. *ibid.* Caldas *d. v. minoribus n.* 41. vid. tamen Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 17. Non item sola probatio, sententia Iudicis non secuta, ut contra Bartolum Caldas *d. loc. n.* 40 quia cum probationes arbitrariæ sint, nec ante sententiam vere probatum dici potest, & Mauric. *C.* 323. dissentit Odd. *d. Q.* 37. *Art* 18. Enimvero Mudæ. ad *d. L.* 4. principaliter quoque adiri Iudicem posse probandæ ætatis ergo probat, ex *d. L.* 9. *C. de prob.* Certior namque hæc probatio, minusque suspecta, facta tunc enim nulla esset præsumptio, quicquam contra veritatem confingi, propterea quod incertum, num aliquando usus futurus sit eius probationis, & in quam partem. Dissentit Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 17. requirens, ut probatio hæc in aliis caussis præiudicet legitimum contradictorem.

intelligetur, quot fuerit tunc annorum; proinde an & tunc minor, an maior fuerit. Probabit se læsum, qui aliquid probabit eorum trium, quæ comprehensa sunt in *L. non omnia*, *D. de minor.* puta alienationem rei suæ, repudiationem delatæ, obligationem in se susceptam. Probatur facilitas & lubricum ætatis 24 sua sponte, probata minori ætate, quia facilitas illa & infirmitas natura illi ætati adiuncta est. *L. 1. D. de minor.* Quod si adversarius dolum minori obiiciet, quia hæc ab illo exceptio est, hanc probare debebit. *L. quoties*, §. 1. *D. de probat.* Sane si minor se maiorem dixerit, & se errore falsum ita dixisse intendat, ex iisdem regulis hunc errorem debebit probare, ut supra in hac affirmatione minoris ostendimus. Probatio legitimi temporis 25 ex eadem re est. Nam cognito nativitatis die, & hinc computando annos res ipsa ostendet, utrum qui restitutionem postulat, consistat infra annum tricesimum: quod totum tempus ad petendam in integrum restitutionem legibus datum minori liberum est. In quibus cum videamus tam omnia cum superioribus regulis congruere, quid est, quod dubitemus, & alienam de probatione quæstionem in hunc locum inferamus?

XXI. Dubitationem attulit *L. 1. C. si adv. cred.* in ea parte, in qua quæritur, an minor sit læsus. Verba hæc sunt: *Cum & ipse profitearis cum Zenodora minore viginti quinque annis te contraxisse, nec doceri potuisse præsidem virum clarissimum ex eo contractu locupletiorem eam esse factam: intelligis eam merito in integrum restitutam.* Hoc ergo dicit rescriptum; minorem quæ contraxisse dicebatur, sine alia probatione læsionis iure restitui hoc ipso quod contraxit: nec aliter summoveri restitutionem, quam si probetur præsidi eam locupletiorem esse factam. At hæc probatio non exigitur a minore, quæ nihil tale dicit, sed potius negat: alioqui sua ipsius confessione excluderetur: sed exigitur ab adversario, qui hac defensione utitur ad minorem removendam: quod sane videri potest adversus superiores regulas de probationibus constitutum. Quod & vulgo admiserunt: idque ita defendunt, ut dicant hic ius esse singulare, inductum partim favore ætatis, partim odio fœneratorum. Quasi vero in *d L. 1.* de pecunia fœneraticia, aut adeo de pecunia mutuo data agatur, ac non proponatur generaliter adversarius cum Zenodora minore contraxisse, ut superiora verba ostendunt; quæ plane ad omnem contractum cum minore habitum pertinent. Sed laborandum non est; nihil est etiam secundum regulas communes iuris explicatu facilius. Minor mulier etiam in hac spe-

24) Mauric. *C.* 164. *n.* 2. quia *L.* 5. *C. h. t.* tantum requirit, ut se captum probet, & Caldas *in defin. v. sua facilitate n.* 1. sufficit, inquit, præsumpta probatio ea co. inducta, quod probata est læsio, & Rebuff. *Art.* 1. *Gl* 3. *n.* 27 Ruland. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 22. *n.* 11. Confer not. *supra h. C. N.* 1.

25) Et hoc quidem indubium, quando distinctim certam aliquam ætatem, in qua contraxerit gesseritve, minor probavit. Ita enim ex dinumeratione sequentis temporis, certo apparere potest an posterius tempus petendæ restitutionis adhuc duret. Veluti: Adolescens 20. annorum contraxit. Post 7. annos restitui vult. Probat se tempore contractus fuisse 20. annorum. Hic calculo inito liquido constat quadriennium restitutionis lapsum non esse, vid. *supra h. C. N.* 19. Proinde tunc non locus est quæstioni, utri lapsus temporis probandus sit. Et male omnino Sich. *in L.* 4. *C. h. t. n.* 5. accipit *d. L.* 4. quæ probationem quod lapsa tempora sint, adversario iniungit, de eo casu quando ex probatione primi temporis resultat (ut loquitur) tacita probatio secunda, & Fr. de Caldas *in defin. v. infra legis tempus n.* 19. *in fin.* Nam imo plene & exacte probato priori tempore contractus, plene quoque & exacte probatum tempus posterius petendæ restitutionis, ex quo hodie quadriennium continuum. Nec præsumitur hoc tantum ut audiatur probatio contraria (ceu volunt Sich *&* Caldas) Odd. *P.* 1. *Q.* 39. *Art.* 1. *n* 3. Mudæ. *ad d. L.* 4. Non obstat quod quadriennium istud ratione initii utile, vid. *supra N.* 19. quodque caussæ intervenire possunt ob quas minori non currat, Od. *d. Art.* 1. *n.* 2. Hoc enim efficit ut aliquando longius sit tempus, non ut unquam brevius. Nam pone: septimo anno post gestionem restitutio petita; Probatumque quod tempore gestionis minor 20. annum non excesserit. Super eo sententia pro minore lata, nec appellatione suspensa. Hic si adversarius attatut probare tempora restitutionis lapsa esse, præiudicium utique fiet rei iudicatæ. Nec enim unquam ostendet nunc esse 29. annis maiorem qui restitutionem petit, quin necessario sequatur fuisse quoque tunc cum contraheret maiorem 20. annis adeoque falso probatam esse prius ætatem. Atqui hoc non licet, quia sententia pro veritate habetur, & post lapsa tempora appellationis, non quæritur quam recte, sed quid iudicatum sit. Quocirca quod tempora præstituta non excessisse ab adversario comprobandum dicitur *d. L.* 4. *C. h. t.* id accipiendum de casu dubio, ubi ex probata ætate tempore negocii gesti, non infertur necessario tempora illa nondum exisse. Veluti si non definite certa ætas probita, sed in genere quod minor fuerit, Mudæ. ad *d. L.* 4 Io P. Surd. *Decis.* 75. *n.* 12. *v. & licet.* Item in restitutione maiorum qua non agitur de probatione ætatis, Odd. *P* 1. *Q.* 39. *Art.* 1. *n* 2. Et male Salic. ad *L.* 4. Sich. & Cald. *dd. locis* hic probationem quod tempora lapsa non sint, restitutionem petenti iniungunt. Quibus alii communius obloquuntur, Odd. *d. Art.* 1. Mudæ. ad *d. L.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *pract. Resol. tit. de minor. Resol.* 5. *n.* 24. M. Ant. Caimus *in Summar. enarrat. h. t. C.* Myns. 4. *Obs.* 16 Et recte tum per *d. L.* 4. quæ de alio casu accipi nequit, ut ostensum. Sed & quia probata ætate ac læsione, ut intentione minoris, necesse est ut adversarius de lapsu temporis excipiat, idque ceu suæ exceptionis fundamentum probet, Mudæ. & Myns. *d. loc.* Nec consultum est, ut quis ultro occurrat iis quæ senserit ab adversario obiici posse Trentacinq. *d. loc.* Obiic. *Cap. constitutus* 8. *de in int. rest.* ibi: *cum adhuc existant intra tempus* &c. resp. Odd. *d. Art.* 1. *in fin.* ibi hoc tantum requiri ut sint intra tempus &c. non autem ut hoc ipsi probent. Et Caldas quoque *d. lo. n.* 19. ibi referri factum petentis & allegationem eius, qui ad maiorem cautionem proposuit quadriennii tempus se non excessisse. Plane lapsu temporis continui ab adversario probato, si restitutionem petens vel ignorantiam læsionis, vel aliud impedimentum ob quod hodieque non currit tempus, vid. *supra N.* 19. obtendat, hoc ipsi probandum esse æquum iurique consonum videtur: quia & hic minor intendit & quasi replicatione exceptionem adversarii, cuius tam fundata intentio est, submovere nititur. Ergo per dicta tametsi de hoc a DD. traditum vel tractatum non animadverterim.

ſpecie ſe quoque læſam probare debuit. Sed probavit ſatis, ſimulatque [26] conſtitit eam contraxiſſe, ſive mutuam pecuniam accipiendo, quam poſtea perdidit, ſive aliud quid gerendo. Nam contrahendo ſuſcepit in ſe obligationem, quam non ſuſcipere licebat. Quod qui facit, ſi nihil aliud contra proponitur, aperte læſus eſt, eſſeque ex ea cauſſa in integrum reſtitutionem diſerte traditur in *d. L. non omnia, D. de min.* Neceſſe eſt ergo hoc probato adverſarium condemnari, & ſequi reſtitutionem, niſi quid ille contra afferat, quo doceat eam læſam non eſſe, & hac exceptione ad excludendam in integrum reſtitutionem utatur. Hæc vero idonea ad eam rem defenſio eſt, ſi adverſarius dicat obligatam quidem minorem fuiſſe, ſed ex eo contractu locupletiorem factam. Et hoc ille in cauſſa ſuperiore adverſus minorem afferebat. Id eum docere debuiſſe eodem reſcripto ſignificatur. Nihil hic ſit regu-

26) Hoc quidem ita eſt in actibus ſui natura noxiis Caldas *in definit. v. vel adverſarii dolo n.* 1. vel ubi de negociis iis agitur, quæ non niſi in manifeſtum alicuius incommodum cedunt, ubi ex ipſa natura rei ſatis de læſione apparet, Petr. Matthæ. *Annot. ad* Guid. Pap. *Q.* 142. Hart. Piſt. *Lib.* 1. *Q.* 37. *n.* 60. ſeu ut DD. loquuntur, ubi ex ipſius actus facie reſultat læſio, Mauric. *Cav.* 278. *n.* 10. Mynſ. 4. *Obſ.* 16. *n.* 5. vel ſaltem quos conſtat nulla ratione utiles eſſe poſſe, etſi nec certo ſint damnoſi, Sarmient. 3. *Select. Interpret.* 13. *n.* 2. ut in fideiuſſione, Piſt. *d. loc.* Odd. *P.* 1. *Q.* 36. *Art.* 2. *&* 3. *n.* 30. *& P.* 2. *Q.* 54. *Art.* 3. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Minor. Reſolut.* 2. *n.* 34. renunciatione, Sichard. ad *L.* 1. *C. de in int. reſt. n.* 10. temporis lapſu, Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 2. *&* 3. *n.* 26. *Art.* 4. aliave præſcriptione aut uſucapione, Mauric. *d. n.* 10. Odd. *d. loc. n.* 29. Mynſ. *d. Obſ.* 16. *n.* 5. compromiſſione per *L.* 34. §. 1. *h. t.* Trentac. *d. loc. n.* 31. Addunt omiſſionem appellationis. Sed contra alii quod hic debeat doceri læſio, oſtendendo probationes & allegationes antea non deductas, quia pro ſententia præſumitur, vid. Beuſt. ad *L.* 9. §. 4. *de minor. n.* 5. *& ſeqq.* Odd. *Queſt.* 37. *Art.* 5. Mynſ. 4. *Obſ.* 17. Trentac. *d. n.* 31. Caldas *in definit. v. vel adverſ. dolo n.* 28. Menoch. 3. *Præſumpt.* 82. *n.* 9. Cacheran. *Deciſ.* 158. Quin & in aditione hereditatis aliam læſionem non probandam eſſe, Guid. Papæ *Q.* 142. aliique plures ſtatuunt referente & probante Odd. *d. Q.* 37. *Art.* 6 Et Ant. Fab. ad *L.* 7. §. 5. *&* §. 7. *h. t.* non probandum hic minori quod hereditas plus habeat incommodi. Sufficere ſi dicat ſibi ſuſpectam eſſe, licet nec de uno, vel minimo debito appareat per *d.* §. 5. verbis *minus lucroſam* non dicitur *damnoſam*, & per *L.* 22. *in fin. Si quis omn. ca. teſt.* Contra quoque ſi ad aditionem reſtitui velit, non probari debere quod ſit lucroſa hereditas, quia tanti eſt, quanti eam heres æſtimat, per *L.* 70. §. 1. *de leg.* 2. & per *L.* 36. *de bo. lib.* Sed quod Donellus putat generaliter eo ipſo quod contrahendo ſe obligavit minor, læſionem ſatis oſtendi, eius minuenda opinio eſt. Nam aperte refragatur *L.* 24. §. 1. *in fin. h. t.* & quæ ipſe Donellus tradit *ſupra C.* 6. *n.* 1. Alias certe quævis geſta minoris huic periculo ſubiacebunt. Satiſque inhumanum eum, qui ex. gr. rem minori vendidit, ad probationem aſtringi, quod illi emere expedierit, quod non carius iuſto vendita ſit, & denique quod re accepta minor in commodum ſuum uſus fuerit &c. Cumque reſtitutio dicatur dari cauſſa cognita *L.* 11. §. 2. *h. t.* utique cognitio non tam in eo an quid geſſerit minor, de quo ut plurimum conſtabit, ſed quam prudenter aut utiliter. Et minor debet probare ſe captum eſſe *L.* 5. *pr. C. h. t.* Sicuti autem probata ætate non protinus probata læſio *d. L.* 9. § 4. *de minor.* ita nec probato contractu aut negocio. Cum non probet hoc eſſe quod ab hoc contingit abeſſe. Quin ſi in delatione iurisiurandi minori probandum quod deferre ſibi non expedierit, quodque aliæ probationes ſuppetierint, *d.* §. 4. vid. *infra Lib.* 24. *Cap.* 12. quanto magis in venditione aliove ſimili contractu. Recte itaque Menoch. 3. *Præſumpt.* 82. *n.* 13. regulariter ex ipſo contractu ſolo læſionem non præſumi. Hinc Duar. ad *tit. C. Si adv. cred.* cum de probatione hac quæritur, inſpiciendum uter agat vel intendat, ſive agendo, ſive excipiendo. Quare ubi contractus ipſo iure non tenet, ſi minor rem, ita alienatam vindicet, ac emptor exceptionem doli obiiciat qua pretium recipiat, emptoris eſt probatio *L.* 16. *C. de præd. min.* quia ipſe hoc intendit minorem eſſe locupletiorem. Ubi vero contractus iure valet, tunc ſi minor reſtitutionem inde petat, ex. gr. quod non expedierit rem vendi, quocunque pretio, idque probet; reus vero, excipiendo, pretium recipere velit, tanquam verſum in rem minoris, negante hoc minore, reo probandum eſſe vult Duarenus. Sed ſi ideo velit reſtitui minor, non quod in venditione captus, ſed quod ex pretio non factus ſit locupletior, minori probandum eſſe, quia nihil aliud cauſſari poteſt in quo læſus ſit, quam quod pecunia non ſit verſa in utilitatem ſuam. Et convenit Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. Minor. Reſol.* 6. *n.* 6. *v. alia eſt opinio* & fere Hart. Piſt. *Lib.* 1. *Q.* 38. *n.* 18. Sed hæc parum firma aut tuta videntur. Nam capto in venditione ipſa minore & contra id reſtituto, emptori pretium reddi debere, niſi tunc dederit, eum perditurum ſciret, eſt *text. in L.* 24. §. 4. *h. t.* Quare ſi neſcivit perditurum, non adſtringitur emptor ad probandum pecuniam verſam eſſe in utilitatem minoris, Fr. de Caldas *in definit. v. per quod priſtinum ius n.* 1. Unde ſi excipiat emptor ſibi reddi debere pretium *d. L.* 24. §. 4. *d. L.* 41. neceſſe eſt, ut replicet minor ſe illud perdidiſſe. Proinde hoc ipſe uti intendit, ita & probet. Non itaque recedendum a communi DD. regula: Læſionem, niſi manifeſta ſit, ut in caſibus relatis & ſimilibus minori probandam eſſe *d. L.* 5. *C. h. t. d. L.* 9. §. 4. *de minor.* Odd. *P.* 1. *Q.* 36. *Art.* 1. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. ind. C.* 62. *n.* 13. quam certam & indubitatam vocat Mauric. *C.* 278. *n.* 7. Probatur autem non ſi doceat abſolute ſe contraxiſſe & obligatum, ut Donellus hic. Nam ex ſolo ipſo contractu regulariter læſus non præſumitur. Menoch. 3. *Præſ.* 82. *n.* 13. poſt plures Vult. *Conſ. Marp.* 29. *n.* 251. *ac ſeq. Vol.* 3. ſed ſe inutiliter rem geſſiſſe, obligatum ubi non oportuerit, non tantundem vel amplius, pro eo, quod gerendo amiſit, recepiſſe; &c. Neque aliud hic aut ſpeciale in mutuo, ſive gratuitum, ſive ſub fœnore acceptum ſit; & ſive de ſorte ſive de uſuris agatur, ut oſtendit Hart. Piſt. *Lib.* 1. *Q.* 38. *n.* 28. *& ſeqq.* Tametſi DD. vulgo in fœneratitio credito probationem adverſario iniungant, Mauric. *C.* 221. *in f.* vid. Molinæ. *de Uſur. Q.* 37. *n.* 280. *& ſeqq.* Amplius alii in omni mutuo idem iuris eſſe cenſeant, Matheſilan. *Singul.* 58. ibique *in Annot.* Gabr. Sarayna. Duar. *ad d. t. C. Si adv. cred.* propter fraudem, ait, quæ hic ſæpius intervenire ſolet, & quia experimentis conſtat damnoſum fere eſſe ſolere. Ac etſi *L.* 2. *C. d. t.* loquatur de fœnore, tamen ad ſpeciem certam reſcripta eſt & *d. L.* 1. indiſtincte loquitur. Ac facit exemplum Senatuſconſult. Macedoniani. Et ita quoque Pinell. ad *L.* 2. *C. de reſcind. vend. n.* 32. *& ſeqq.* Trentacinq. *d. Reſol.* 6. *n.* 5. Ac Mudæ. ad *d. L.* 1. Cum minor, inquit, negat extare pecuniam, id veroſimile, cum nemo fere roget mutuum, niſi mox erogaturus. Et ita quod non extent nummi, probatur, ex communiter accidentibus. An autem fructum fecerit exinde minor: id in facti quæſtione, an ſcilicet vere egenti creditum ſit, ad uſum neceſſarium. Quare hoc probandum adverſario. Sed recte Hart. Piſt. *d. loc.* ubi contrariis occurrit. Nec obſtat *d. L.* 1. Nam Imperator qui ad caſum propoſitum a conſultore reſcripſit reſtitutioni locum eſſe. Reſp. quod non doceri potuerit locupletiorem factum minorem. Utri autem probandum, ibi non expedit. Et ita accipiendum eſt illud reſcriptum, quod minor in ea ſpecie iam præſtiterit, quod ſibi ex ſua parte ad reſtitutionem obtinendam incubuerat, nec contraria adverſarii probatione illud eliſum ſit. Hart. Piſt. *d. loc. n.* 18. *& ſeq.* Ubi autem hoc onus adverſarii, ſufficere probationem veriſimilem, etſi neceſſario non concludat vult Mudæ. ad *d. L.* 1. *C. Si adv. cred.* Contra Mauric. *C.* 222, Elegans vero modus probandi pecuniam ceſſiſſe in utilitatem minoris, ſi qui emit, exempli gratia creditori minoris numeret & de eo inſtrumentum confici curet. Elb. Leonin. 3. *Emend.* 3. *n.* 12. Quando a minore læſio probationis exacta vel minus requiratur vid. Odd. *d. Q.* 36. *Art.* 10. Trentacinq. *d. T. Reſol.* 3.

regulis superioribus iuris conveoieotios. Nam & hoc locupletiorem esse mioorem adversarius dicit, idemque illa exceptiooe ad infirmandam ioteotionem miooris utitur. Reus in exceptionibus actor est, eumque exceptionem velut intentionem ex iisdem regulis implere oportet. *d. L. in exceptioulbus, D. de prob.*

C A P. X I.

Quibus in caussis dubitari soleat, an minoribus quanvis sua facilitate læsis competat in integrum restitutio, & competat tamen.

Transitio, propositum, & methodus auctoris. I.
Restitutiouis in integrum tributæ minoribus, videri quatuor esse, etsi non sint re vera, exceptiones: ideoque uec restitutionem adimere. II. & seqq.
Aut minoris prudentiam & industriam. III.
Aut iudicatæ rei auctoritatem. IV.
Etiamsi res in auditorio Principis, aut ab aulico magistratu iudicata. V.
Ab his quare provocatio non admittitur, cum nec tamen denegetur ab iisdem minoris restitutio. VI.
Item nec officere restitutioni magistratus decretum. VII.
Nec tutorum aut curatorum auctoritatem, & quare. VIII. X.
Horum auctoritas utilis etiam admissa restitutione minoris. IX.
Competit restitutio minoribus, licet a tutore vel curatore suum consequi possint. *Iuepta horum verborum interpretatio improbatur.* XI. XII.
Interpretationis huius fulcimeuta convelluntur. XIII. XIV. XV.
Auctoritas tutorum & curatorum removet in integrum restitutionem ex tribus caussis, & quæ illæ. XVI.
Multo minus officere restitutioni minoris auctoritatem parentum. XVII.
Item uec fisci favorem; præterquam in caussa publicarum pensitationum. XVIII.
Item uec favorem debitoris; & quemodo cautum debitori. XIX. XX.
Item nec minoris incoustautiam. XXI.

I. CAussis constitutis in integrum restitutionis, de quibus diximus, nempe hoc restat, ut sic sequatur in iotegrum restitutio, quam quærimus, utpote earum caussarum effectus. Et vero id ita in universum statui oecesse erat, nisi quid hic exciperetur, idest, nisi quæ iustæ caussæ intervenirent interdum, quæ minoribus etiam sua facilitate læsis adimereot in integrum restitutionem. Nunc autem complures huiusmodi exceptiones sunt iustis de caussis constitutæ: idque cum ex verbis edicti, tum ex sententia. Cum enim pollicetur prætor minoribus in integrum restitutionem, *ubi quæque res erit*, idest ut interpretati sumus, uti res quæque iusta de caussa, ex æquo & bono, postulare videbitur: satis declarat, si qua iusta caussa fit, cur non tribuatur io integrum restitutio, ne hic quidem se eam polliceri. Superest igitur, ut ad constituendam eam in integrum restitutionem, quæ vere & certe competat, de his exceptionibus breviter cognoscamus. De quibus quærenti duo genera rerum occurrunt, de quibus necessario cognoscendum fit. Non enim hic exceptiones tantum quædam sunt veræ, quæ certo iure restitutionem excludunt; sed sunt etiam, quæ videri possint esse debere exceptiones, neque suot tamen, ot nisi removeantur, morari oos possint, & falsa specie fallere incautos. Quamobrem si quid hic certi quærimus, de utroque genere dicendum est. De posteriore quidem, ut, sicut dixi, removeantur istæ omnes, quæ hic prima facie videri possunt exceptiones, intelligamusque nullam in his esse caussam, cur denegetur minoribus sua facilitate læsis in iotegrum restitutio. De priore autem, ut in eo nobis veræ huius auxilii exceptiones constituantur, ex quibus discamus contra totidem in caussis minores quanvis sua facilitate læsos ab auxilio huius edicti removeri. Ac prius eas, de quibus dubitari potest, an pro exceptionibus habendæ sint, removeamus, ut his remotis sic deinde tuito ordioe ad eas quæ veræ sunt, perveniatur.

II. Et in priore isto genere, quod removendum volumus, quatuor res existere solent io summa propter quas iuste dubitetur, an competat in integrum restitutio minoribus etiam sua facilitate læsis, ac videatur etiam prima fronte non competere. Hæ autem res sunt; miooris ipsius qua-

qualitas; hominum idoneorum auctoritas rei cum minore gerendæ adhibita; personæ eius, cum quo agitur favor; interdum & inconstantia minoris in restitutione postulanda.

III. Primum occurrit qualitas personæ minoris. Dicimus minoribus tribui in integrum restitutionem, quia fragile sit, & infirmum huius ætatis consilium. *L. 1. D. de min.* Quid ergo, si is sit minor, in quo sit cognita prudentia & maturitas, quanta cadere solet in homines natu maiores, & maxime idoneos? in quo ea omnia, quæ solent hanc prudentiam & maturitatem arguere? Finge minorem natum viginti quatuor annos, hominem [1] industrium in rebus gerendis, optime rem familiarem administrantem; [2] advocatum esse summa peritia iuris; esse consiliarium; decurionem esse in sua civitate, [3] magistratum aut alios honores gerere: adde, si placet, eum iam [4] parentem esse multorum liberorum, & familiam bene ac prudenter regere. An non videtur is in quo hæc sunt, si quid in iis quæ recte administrare solet, cum eo gestum erit, restitui in integrum non debere? hæc enim omnia non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii signa sunt. Et placuit, quæcumque sit persona minoris, quantacumque eius prudentia, industria, dignitas, si quid is gessit, & captus est, nullam superiorum rerum aut similium, quæ minoris maturitatem commendent, efficere, ut desit capto auxilium ætatis, quod cæteris tribuitur. *L. 2. C. de in integ. rest. min. L. 1. C. qui & adv. quos in integ. rest. non poss.* Et merito: nihil enim illarum rerum facit, ut captus non sit, qui captus est. At verisimile est, in quo illa sunt, facile capi non potuisse. Esto, verisimile: verum in re dubia. Quod si contra probetur hunc captum esse, ut de eo nunc loquimur, qui id probare paratus sit; nihil agit coniectura, quam falsam esse res ipsa ostendit: &, ut dicitur in *L. continuus, §. cum ita*, in fin. *D. de verb. oblig.* in re certa non est coniecturæ locus. Neque vero ei obstabit prudentia & maturitas ætatis aliis in rebus. Neque enim hæc unquam in minore tanta esse possunt, quin in ea ætate semper resideat aliquid atque adeo plurimum inscitiæ propter inexperientiam rerum. Et ut recte adsunt cætera; tamen ei ætati quamvis prudentissimæ semper adiuncta est facilitas & lenitas quædam, qua fiat, ut alienis consiliis aut blanditiis persuasi, aut sua ipsorum libidine incitati minores facile huc illuc impellantur, & quæ alioqui utilia sciebant, contemnant, & concedant aliis.

IV. Sequitur aliorum auctoritas, quæ in re cum minore gerenda interveniens, sæpe videri potest rem gestam ita confirmare, ut rescindi iure non debeat. Huiusmodi auctoritas est iudicis, magistratus, tutoris vel curatoris, patris: quales solent interdum negotiis minorum adhiberi, ad confirmandum id, quod cum his gestum est. Quid in his obstet minori ad restitutionem, aut non obstet, quæritur. Sit

1) Dissentit plane Duar. ad *d. L. 1. C. Qui & adv. quos*, veram hanc exceptionem statuens. Nam si hoc, ait, in cognitione iudicis an fuerit industrius *d. L. 1.* utique ea hac caussa negatur restitutio. Pone: minor vendidit rem, vult restitui, quia non expedierit vendi, vel vilioris venit res. Adversarius obiicit non esse captum lubrico ætatis, sed eam læsionem esse, quæ & in prudentissimum cadat. Probata sane læsione præsumitur inconsulta facilitas. Sed nisi reus contrarium probet, vel contrariis coniecturis fortioribus nitatur. Hoc autem dicitur *d. L. 1.* quod ex eo solo quod decurio creatus, non arguatur prudentia, per *L. C. Qui ætate vel profess.* Sic uti nec ex eo quod liberos susceperit, quia non ideo doctior, qui liberis forte magis, quam libris operam dedit; ita Duarenus. Sed imo hæc sententia est *d. L. 1.* Quod si industrius filiusfamilias appareat, non ita verisimilis sit læsio, sed exactiorem probationem requirat. Verisimile autem necesse est cedat vero; præsumptio probationi. Odd. *P. 1. Q. 23. Artic. 3. in fin.* Goth. *in d. L. 1.* Iacob. Ferrer *Annot. ad Decis.* Guid. Papæ 88 Et ibi vocula *verum* adversativa hoc ipsum arguit. Denique refellitur Duar. ex *L. 1. in fin. D. h. t.*

2) Et ita minorem iuris Doctorem, & qui te IC. profitetur ac de iure respondet non restitui vult Duar. ad *d. L. 1. C. Qui & adv. quos*, Aluis. de Albertis *Singul.* 87. Guid. Papæ *Decis.* 88 n. 4. Gomez 2. *Resol.* 14. *n.* 5. Bronch. 1. *Misc.* 28 Quæ receptior opinio teste Oddo *P. 1. Q. 23. Art. 7.* & Fachin. 3 *Contr.* 5. Quod utique procedit in iis, quæ ad iurisperitiam spectant, si errore iuris exceptionem vel allegationem omisit, quod putaverit ad merita caussæ nihil facere. Quia hic desiderium eius cum professione pugnat, arg. *L. professio. C. de muner. patrim. Lib.* 10. & turpe est caussas oranti ius ignorare *L. 2. §. 43. de O. I.* Mudæ ad *d. L. 1.* Benvenut. Straccha *de Mercatorib. p. 3. n.* 27. Busius ad *L. 1. D. h. t. n.* 5. Mauric. *Cap.* 223. Cagnol. *in princ. Proœm. Dig. n.* 79. & relati ab Harpr. *in §. 33. I. de act. n. 6. & seqq. & Process. iudic. Decis.* 24. *Concl.* 7. Secus si ignorantia facti, quæ meretur excusationem. Maxime in negociis contrahendis & extra iudicium. Iuris enim ignorantia dedecori est Iurisconsulto, facti in prudentissimum cadere potest. Quin professio iuris & artium cum provida administratione bonorum nihil commune habet. Immo studiis dediti plerumque nullam vel exiguam curam habent rerum familiarium, quæ in pulvere campi, actibus otio litterario contrariis, expediuntur, belle Maynard. *Lib. 3. Decis. Tolos.* 38. add. Fachin. 3. *Contr.* 5 Odd. *d. Artic. 7. n. 32. & seqq.* Sarmient. 3. *Select. Interpretatio. n.* 12. Sic & peritia alterius artis, quam minor profitetur, impedit restitutionem circa negocia illius artis & professionis. Mauric. *d. Cap.* 223. Odd. *d. Q. 23. Art. 5. & 6.* Quomodo Mudæ. ad *d. L. 1.* idem esse in mercatoribus, & aliis, qui præhabito examine recipiuntur & non inviti trahuntur ad alicuius rei professionem. Sed contra disputat Sarmient. *d. Cap. 12. n.* 11.

3) Ob læsionem scilicet in rebus suis privatis, non in publicis; ita Maynard. *Lib. 3. Decis.* 49. Reges Francorum, etsi infantes sint, nunquam ætatis beneficio restitui sed in omnibus iudiciis maiores haberi notat Bodin. 1. *de Rep.* 8. *n.* 104.

4) Numerus liberorum supplet ætatem in honoribus acquirendis *L. 2. D. h. t.* 2 quibus alias arcetur minor *L. 8. de muner.* A. Fab. ad *d. L. 2.* Sich. ad *L. 2. C. de in int. rest. n.* 4. Odd. *P. 1. Q.* 23. *Art.* 13.

Sit ergo primum auctoritas iudicis, quæ spectatur in rebus ab eo iudicatis. Hæc si intervenerit in caussa minoris ita, ut minore per tutores aut curatores recte defenso res adversus eum iudicaretur. Sententia quidem valet ipso iure. Sed an minor, qui non appellavit, in integrum restitui adversus rem iudicatam potest? Movet auctoritas rerum iudicatarum: quam traditum est eam esse, ut propter hanc publice intersit, quod in caussa aliqua iudicatum sit, exitum habere. *L. servo*, *§. cum prætor*, *D. ad Treb.* Et placuit [5] etiam adversus rem iudicatam, quæ iure valeat, & a qua non sit appellatum, minorem qui ea sententia læsus sit, adversus quemcumque lata sit, in integrum restitui posse. *L.* 1. *L.* 4. *L. ultim.* & prope toto Titulo *C. si adver. rem. iud.* Quidni vero minor & hic restituatur, qui læsus est? Neque enim hic publica auctoritas rerum iudicatarum recte obtendetur adversus minorem: cum hæc ita constituta sit iure, ut tamen relictum sit omnibus etiam maioribus remedium publicum appellationis, quo iniquitas sententiæ corrigatur. *L.* 1. *D. de app.* Quod præstat maioribus appellatio suo tempore interposita, id æquissimum est in integrum restitutionem præstare minoribus inter tempora restitutioni postulandæ præfinita. Ideo hæc duo ad suspendendam pariter sententiam comparantur in *L. si caussa*, *C. de trans.*

V. Sed an adversus omnium sententias minor restitui potest? Quid enim, si in principis auditorio res iudicata sit? quid si iudicarit præfectus prætorio, si senatus, aut summa aliqua præfectura? Magna caussa esse videri potest, cur non possit: ne scilicet rescindantur eorum sententiæ, quorum ut summa potestas est in iurisdictione, ita summa tum fides tum sapientia esse existimatur: qua ratione factum est, ut nec ab his possit appellari. *L. unica*, in fin. *D. de off. præf. præt.* Sed & cur ab his appellari non possit, hæc quoque ratio est, quod non appellatur, nisi superior. His autem quos diximus, nullus superior est, sed ipsi sunt, qui ab aliorum sententiis provocantur, *L.* 1. *D. a quib. app. non lic.* Placet tamen & adversus summorum istorum iudicum sententias minorem in integrum restitui posse. Ac si quis quærat, quis sit restituturus, cum nullus sit his maior, qui possit restituere: placet ipsos eosdem, qui sententiam adversus minorem tulerunt, minorem adversus sententiam suam restituturos. *L. in caussæ*, 16. *§. ult.* *L. præfecti*, 17. *L. minor autem*, seq. *L. præses*, 42. *D. de min.*

VI. Cur ergo adversus istorum sententias provocatio non est: in integrum autem restitutionis postulatio permittitur; cum utroque modo pariter fiat, ut res iudicata rescindatur? *d. L. si caussa*, *C. de trans.* Ne quis hic hanc rationem putet, quod appellari non possit, nisi superior; his autem superior nullus est: nam hæc ratio æque incerta est, atque id quod proponitur. Quæretur enim amplius, cur non & hi adversus sententiam suam appellari possint, ut adiri possunt, quo adversus sententiam suam in integrum restituant. Ergo hæc propria & certa differentiæ ratio est, quam eleganter Hermogenianus reddidit in *d. L. præfecti*, *de min.* Hæc idcirco tam varie, inquit, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam: in integrum vero restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. Est autem hæc sententia: qui appellat, queritur inique iudicatum, & sibi iniuriam factam a iudice vel propter improbitatem eius, vel propter imperitiam. *L.* 1. *D. de app.* Nefas est autem hac querela lædere famam summi magistratus, nedum principis, *d. L.* 1. in fin. *D. de off. præf. præt.* *L.* 1. *D. a quib. app. non lic.* At qui in integrum restitutionem postulat, fatetur iudicem iuste iudicasse, ut sunt ea quæ allegata & probata sunt in iudicio superiore: sed dicit errore suo & infirmitate, aut adversarii dolo, aut advocati ditione factum esse, ut non diceret ea, quæ pro caussa faciebant, atque huius erroris veniam sibi concedi postulat. *d. L. minor autem*, 18. *de min.* Quæ cum dicit minor, palam est magistratus auctoritati aut fidei ne minimum quidem derogari. Ex hac ratione intelligimus, nunquam minorem adversus summorum iudicum sententias aut ab eodem desiderantem in integrum

5) Et tanto facilius in iudiciis læditur, quanto difficilius est cavere etiam maiori, ne quid in eo damni incurrat, Anton. Fab. ad *L.* 7. *§.* 4. *h. tit.* De restitutione contra sententias pluribus Mauric *Cap.* 192. *& seqq.* Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. Rom. Cap.* 3. fusissime Odd. *P.* 2. *Q.* 68. *& seqq.* Num & contra interlocutorias, vid. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 22. *n.* 3. *&* 4. Menoch. *Retin. possess. Remed. ult. n.* 55. Quid si tres sententiæ conformes: vid. Odd. *Q.* 72. *Artic.* 4. Mauric. *Cap.* 268. Mynf. 3. *Obseq.* 74. Anton. Fab. ad *L.* 18. *§.* 2. *hoc tit.* qui vult non dari restitutionem per *d. §* 2. nisi a Principe. Variatum hac de re in Rota Romana, refert Cæsar de Crassis *Decis. Rota* 21. add Octav. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. aula Rom. Cap.* 3. *n.* 7. & Knich. de Sax. *non provoc. iure* verbo *ius Cap.* 5. *n.* 123. *et seqq.*

grum restitui audiendum esse, nisi [6] de errore suo falsus novas sic allegationes pro caussa adferre dicat, ad quas cognoscendas & admittendas se restitui postulet. Restituetur ergo adversus rem iudicatam minor, nec ullius iudicis dignitas aut amplitudo hoc beneficium illi adimet. Nec intererit, quomodo iudicatum sit, utrum adversus eum, an vero pro eo, si modo hoc posteriore casu minus sententia consecutus sit, quam oportuit. *L. 1. C. si adv. rem iud* veluti, si iudex iusserit rem restitui, & de fructibus nihil dixerit: si ex bonæ fidei iudicio pecuniam præstari sine usuris. Sunt hæ accessiones tales, ut postquam de principali actione res iudicata est, non possit amplius ne victor quidem de illis experiri. *L. 4. C. dep.* Sed quod iure communi hic fieri non potest, & denegatur maioribus, id minoribus conceditur per In integrum restitutionem. Quandoque tamen adversus rem iudicatam cessat in integrum restitutio: quandoque in totum, ut, cum ea sæpius de eadem re postulatur: de quo inter exceptiones dicetur: quandoque sub conditione, si grande non sit damnum minoris, ut in pignoribus ex caussa iudicati captis & distractis: de qua specie dixi supra, cum statuimus læsum minorem etiam ob exiguum damnum restitui posse.

VII. Rei iudicatæ finitimum est propter auctoritatem [7] decretum magistratus, quod interdum in distractione rerum minoris solet intervenire: ut fit cum prædia minorum distrahuntur, quod nisi decreto magistratus interposito fieri non potest. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Finge ergo decreto magistratus aliqua esse divendita; sed minoris iusto pretio, empta ab eo, qui situs auctoritate decreti putabat se tuto emere. Potest enim restitui adversus hanc venditionem, quæ publica auctoritate magistratus & decreto confirmata est? Et placuit ne hic quidem decretum magistratus minori obstare, quominus in ea venditione læsus restitutionem in integrum recte postulet. *L. 2. C. de fid. mi. L. si quidem, C. de præd. min.* Quod multo magis in hac specie admittendum fuit, quam in re adversus minorem iudicata. Nam rem iudicatam sua sententia confirmat iudex, ut nunquam possit minor re adversus se iudicata in integrum restitui, quin restitnatur vere adversus rem iudicatam, eoque adversus rei iudicatæ, & Iudicis auctoritatem. Cum autem decretum interponit magistratus, quo permittit prædium minoris vendi, modum & quantitatem venditionis postea secutæ decreto suo non comprobat, nedum confirmet; ut dicendum sit, quæcumque hic restitutio adversus eam venditionem secuta erit, nunquam eam constitui adversus decretum & auctoritatem magistratus. Permittit enim magistratus vendere dumtaxat: hoc aut illo pretio, hoc aut illo modo vendere non permittit. Et ut forte hoc quoque postea permittitur; permittit tamen tantum, non ut in sententia iubet fieri. Quæ res non impedit quominus minor consentiente etiam magistratu hic negotium suum gerat.

VIII Sed præcipuam in his dubitationem adfert tutorum & curatorum auctoritas, cum quæritur, an si his auctoribus res gesta sit cum minore, possit nihilominus minor si læsus est, restitutionem in integrum impetrare. Nam tutorem aut curatorem auctorem fieri, est comprobare quod geritur. *L. 3. D. de auct. tut.* Duo hic videntur obstare restitutioni: tutorum & curatorum potestas in rerum minoris administratione: tum auctoritatis interponendæ finis. Tutoris potestas hæc est, ut dum tutelam administrat, pro domino habeatur. *L. qui fundum, §. si tutor, D. pro empt. L. tutor qui tutelam, D. de admin. tut.* Eademque caussa est curatorum. *L. qui neque, §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. L. 4 §. quæ in tutore, D. de dol. mal. & met. exc.* Atqui tutor maior est, qui si rem cuius vere dominus est, suo nomine gessisset, non restitueretur. Cui consequens esse dixeris, ut nec debeat minor restitui in eo quod gessit tutore auctore, tanquam re a tutore gesta, id est eo, qui pro domino habebatur. Finis auctoritatis a tutoribus aut

6) Dissentit Odd. *P. 1. Q. 32. Artic. 17.* idem statuens etsi imperitia Iudicis læsus minor. Non autem minor Iudex restituit contra sententiam maioris *L. 18. tr. h tit.* An autem par contra sententiam paris? Affirmat Cuiac. *ibid* Sed Ant. Fab *ibid.* id aliter admitti non posse quam contra decessoris per concessoris sententiam *L. 42. h tit* quia quasi propria videtur. Adversus sententias quoque supremæ Curiæ imperii restitutio peti potest, Ond. Cim. *p. 3. tit. 51. & seq.* Ott Melaod. *Com. Cameral Parte 3 fol 35.*

7) Odd. *P 1. Q 22. Art. 9.* Mauric. *Cap* 212. Tamesi Angell. & Io. de Crassis contra senserint, contra iura aperta locuti, inquit Fr. de Caldas ad *L. 3. C. hoc tit. v. implorare in int. rest.* n. 2. Non obstat quod contra solutionem ex decreto Iudicis factam nulla restitutio *L. 7. §. 2. hoc tit.* Nam illa solutio est necessaria quam Iudex præcipit. In alienatione vero interpositum decretum non est compulsionis & præcepti, sed permissionis Caldas *d. loc.* Mudæ. ad *L. 1. C. adverf. solut. vers. & sane mirum.* Quin immo & contra dispositionem *L. bene a Zenone ult. C. de qua t. præscript.* re minoris a fisco, vel Principe vendita restitutionem concedi, post alios adstruit Io. del Castillo *Quotid. Controv. Cap. 5. n. 7.* tanct. *n. 14. & seqq.*

aut curatoribus interponendæ idem exigere videbatur. Quorsum enim hæc auctoritas, nisi ut rem confirmet cum minore gestam? At res gesta rescinditur in integrum restitutione. Quare ne rescindatur, atque hoc modo frustra intervenerit auctoritas, dici potuit rem integram manere debere, quam tutor aut curator sua auctoritate comprobarit. Sed ne hanc quidem auctoritatem placuit minoribus obesse ad in integrum restitutionem, quæ summa est *tit. C. si tutor vel curator interven.* Ac res commode definita est in *L. 2. eod. tit.* his verbis: *minoribus annis viginti quinque in his, quæ præsentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumscripti sunt, placuit.* Et recte, quid enim profuit adversus captionem tutoris aut curatoris auctoritas, si hac adhibita nihilominus minor captus est? Nos autem minoribus captis hoc edicto succurri volumus. Itaque adiecit Scævola, nec si iustum sit minorem hic restitui, idcirco denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacare. *L. tutor*, in princ. *D. de min.* Nam quod dicitur tutores & curatores in rerum minoris administratione pro dominis haberi, hactenus verum est, dum prosint minoribus, non noceant. Dati enim sunt tutores ad tuendum, ut declarat definitio tutelæ. *Inst. de tut.* in pr. curatores ad curandum, ut verbum indicat. Nihil porro tam contrarium est tutelæ aut curæ, quam tutelæ aut curæ tuæ commissis nocere. Denique sententia est iuris certi & æquitatis manifestæ, quod salubriter ad utilitatem & favorem aliquorum introductum est, non debere ad eorum læsionem & incommodum converti. *L. nulla, D. de legib. L. quod favore, C. eod.* Quare cum constet auctoritatem tutorum & curatorum minorum caussa quæsitam esse, ne quid ipsi inconsulte gererent: non eo usque produci debebit hæc auctoritas, ut minoribus noceat auxilium ætatis his adimendo, quod alioqui remota istorum auctoritate si quid gessissent & valeret, habituri essent; ut accidit minori curatorem non habenti, si quid cum quoquam contraxerit. *L. 3. C. de in int. rest. min.*

IX. Neque vero si minoribus adversus hanc auctoritatem in integrum restitutionem damus, ideo frustra adhibetur tutorum aut curatorum auctoritas. Hæc enim interveniens semper hoc præstat, ut ipso iure valeat, quod geritur, quod alioqui non valeret. *Inst. de auct. tut. L. 3. C. de in integ. resti. min.* Quodque ideo iure valens rescindi non possit quanvis minoribus læsis; nisi postulata in integrum restitutione, idque intra tempora ad eam rem constituta. Hoc amplius si minores læsi non sunt, id efficit, ut remota in integrum restitutione, non possit pro libidine minorum rescindi unquam quod gestum est.

X. Si tutoris curatorisve auctoritas interveniens restitutionem in integrum non impedit, ne tunc quidem impediet, cum [8] idem erit tutor aut curator, qui & minoris pater. Non enim qua pater est, auctoritatem interponit, sed qua tutoris curatorisve munere fungitur, nec si patre eodemque tutore auctore pupillus captus sit, postea pater curator ei datus prohibetur nomine pupilli in integrum restitutionem postulare: quia hic non de facto patris, sed de iure filii agatur. *L. etiam*, 29. in prin. *D. de min.*

XI. Adeo autem verum est, auctoritatem tutorum aut curatorum intervenientem minoribus læsis non obstare, quominus adversus eum cum quo res gesta est, in integrum restitutionem impetrent, ut placeat etiam his dari, quanvis personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint; quæ definitio est. *L. 3. C. eod. titul.* Quod eo dicitur, quia si quid tutores vel curatores male gesserint, dum aut minori male auctoritatem accommodant, aut id per se faciunt, quod minorem lædat, ut si res aliquas minoris parum idonee vendant: hanc culpam minori præstant, tenenturque ei eo nomine: tutor quidem tutelæ iudicio, curator autem utili negotiorum gestorum actione. *L. quidquid, C. arb. tut. L. curatorem, L. tutori, C. de neg. gest.* quæ omnes personales sunt actiones, idest, in personam. Ita fit, ut si minor in re tutoribus aut curatoribus auctoribus cum alio gerenda læsus sit, duos habeat eo nomine sibi obligatos: eum cum quo res gesta est, adversus quem est in integrum restitutio, & tutorem aut curatorem superioribus actionibus in personam. Hoc ergo dicimus, quanvis minor agere possit eo nomine cum tutoribus aut curatoribus, & ab his damnum sarcire quod passus est: nihil-

[8]) Ratio dubitandi videtur ratione diligentiæ magis prospectum esse filio per *L. ult. C. de cur. fur. L. 67. §. 1. de rit. nupt.* Duar. *ad d. tit. C. Si tut. vel cur.* Ratio decidendi. Excludit quidem patris affectio præsumptionem fraudis *d.l. LL.* ast non probationem, sive fraus in consilio sit, sive re ipsa. Anton. Fab. ad *d. L.* 29. Multo igitur magis restitutio, etsi consanguinei vel amici interfuerint. vid. Mauric. *Cap.* 145. Odd. Q. 22. *Artic. 6. & 7.*

nihilominus eum, 9 si ita videatur, dirigere posse actionem adversus eum, cum quo res gesta est, ut adversus eum in integrum restituatur. Dixi, si ita minori videatur. Nam quominus prius agere possit cum tutore aut curatore, nihil est impedimento, *L. etiam*, 45. in fin. *de min.* Et si quidem tutores aut curatores solvendo non sint, convenit inter omnes id eum facere posse: nec abs re: tum enim omnimodo planum fit minorem læsum esse, cum quod superiore gestu amisit, ab illis consequi non potest: estque in hanc sententiam *L. cum mandatu*, *D. de min.*

XII. At quid, si tutores aut curatores solvendo sint, ut cum his agendo possit minor ab his cum re suum consequi? Sed verba *d. L.* 3. *C. si tutor vel curat.* diserte scripta sunt, minoribus in integrum restitutionis auxilium dari, *licet personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint*. Quod dici nisi de tutore vel curatore qui solvendo sit, non potest. Non enim potest minor suum consequi, nisi sit, qui præstet: nec præstare quisquam, nisi qui est solvendo. Nisi forte cum quibusdam illa verba: *suum consequi possint*, sic interpretamur, suum consequi possint iure, non effectu, idest, licet ab his suum petere possint, sic tamen ut non sint solvendo. Quod ridiculum est. Nam quomodo dici possunt suum consequi, qui nihil consequuntur? At minor iure suum consequi debet a tutoribus & curatoribus, etiam qui solvendo non sunt. Sed aliud est suum consequi debere, aliud posse. Illud ad ius, hoc ad naturalem consequendi facultatem refertur: quæ nulla est in eo, qui non habet eos, qui re ipsa possint præstare. Denique longe diversa sunt petere posse suum, & posse suum consequi: cum petere possimus ab inope, a quo non modo nihil consequamur, sed nec natura consequi possimus. Quid, quod ne ab eo quidem proprie dici possumus petere posse, a quo consequi nihil possumus? cum, ut est in *L. nam is*, 6. *D. de dol.* nullam videatur actionem habere is, cui propter inopiam adversarii inanis actio est. Non desunt tamen, qui ita interpretentur, ut dixi, impediti scilicet suis quibusdam rationibus & obiectionibus, quas dum expedire aliter, quam ita interpretando, non possunt, eam rationem rei expediendæ potiorem habuerunt. Habent autem huius sententiæ argumenta tria, quorum de singulis sigillatim breviter respondebo.

XIII. Primum ergo ita disputant. Minor nisi læsus sit, & suum quid amiserit, in integrum restitui non potest. *L. non omnia*, *D. de min. L.* 2. *C. in quib. caus. in integ. resti nec. non est*. At qui suum consequi potest a tutore vel curatore, qui solvendo sit, is læsus non est, nec rem suam amisit. Quare minor quandiu in ea caussa erit, in integrum restitui non potest. Sed responsio est in promptu. Aperte enim falsum est, minorem læsum non videri, non videri eum rem suam amisisse, qui suum a tutore aut curatore consequi potuit. Immo contra quod suum persequitur a tutoribus aut curatoribus, & laborat, ut ab his consequatur, certissimum argumentum est, eum prius amisisse, qui nisi amisisset, nullam haberet actionem adversus tutores vel curatores, quo ab his damnum præstaretur. Sed probant læsum eum non esse, nec rem amisisse, qui suum a tutoribus vel curatoribus consequi potuit: quia scilicet ita est regula iuris, qui actionem habet ad rem aliquam recuperandam, eum ipsam rem habere videri. *L. qui actionem*, *D. de reg. iur.* Quo argumento nihil potest dici ineptius. Sane enim qui actionem habet ad rem aliquam videtur ipsam rem habere: sed videtur, inquam, non habet. Quam si haberet, ne eam quidem actionem, quam habet, posset ad rem recuperandam exercere, atque hoc modo ne actionem quidem utilem haberet. Diceretur enim ei, cur petis, quod habes? Item, bona fides non patitur, ut quod iam habetur, iterum exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. iur.*

XIV. Alterum istorum argumentum tale est. Qui communi & mero iure munitus est, ei non debet tribui extraordinarium auxilium in integrum restitutionis. *L. in caussæ*, 16. *D. de min.* Iam vero qui actionem tutelæ aut negotiorum gestorum habet de re aliqua amissa, is in ea re iure communi munitus est: quia sunt hæ actiones ex iure civili & communi. Proinde ei in ea re in integrum restitutio tribui non debet. Hoc qui ita disserunt, declarant, quam aut non intelligant, aut non animadvertant, quid sit veteribus minorem ipso, & mero iure communi munitum esse, ut ne in eo impetret in integrum restitutionem. Dicitur veteribus minor

9) Consentit Odd. *p.* 1. *Q.* 22. *Artic.* 3. Meichsner, *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 7. *n.* 17. Raudens. *Decis. Pisana*, 12. *n.* 60 *& seqq. & Tomo* 4 *Decis.* 36. *n.* 18. *& n* 31 Dissentit Cuiac. ad *L.* 3. §. *ult. hoc tit.* ita accipiens *d. L. ult.* si vel emptor mala fide emit, vel minoris intersit rem ipsam habere, quam a tutore, qui alienavit, consequi nequeat. Sed male. Et refellitur satis Cuiacius ex *Nov.* 1. *Cap.* 4. §. 2.

nor communi auxilio simul & mero seu ipso iure munitus esse, cum quod ab eo gestum est, ipso iure non valet, veluti, si quid cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate: aut si minor dolo inductus sit, ut societatem coiret, aut si coierit donationis caussa: ubi societas nulla est nec inter maiores quidem: idque diserte ita explicatur ab Ulpiano in *d. L. in caussæ*, 16. *de min.* Quod si id quod minor gessit, ipso iure valet, ibidem adiicit Ulpianus competere minori in integrum restitutionem, quanvis [10] aliam actionem habeat ad rem recuperandam, puta condictionem, de quo supra a me suo loco satis dictum est.

XV. Plus difficultatis habet tertium, quod plerosque tenuit, parum etiam ab iis qui recte sentiunt, commode explicatur, ex *L. cum mandatu*, *D. de min.* ubi in extremo scriptum est ad hanc sententiam, si procurator minoris negotia administrans, in his mandatu domini quid gesserit, in quo læsus sit minor; non esse minorem audiendum adversus eum cum quo res gesta est, in integrum restitui postulantem, nisi res a procuratore servari non possit: ut intelligamus prius minorem cum procuratore experiri debere, & si is solvendo sit, cessare in integrum restitutionem. Sin non sit solvendo, ut minor ab eo suum servare non possit, tum minorem adversus eum, cum quo res gesta est, restitui posse. Si hoc in procuratore mandatu minoris rem gerente recipimus, valere debet & in tutore itemque curatore qui quid nomine minoris gesserit; quoniam non minus procurator mandatu domini rem gerens domini loco est. *L. nam & nocere*, *D. de pact.* Nec recte hic distinguetur tutor a procuratore, quod tutoris administratio [11] necessaria sit, cui magis favendum est, procuratoris autem voluntaria. Sane enim illic necessaria est tutoris administratio, cum ex fide & utiliter aliquid gerendum est in rem pupilli. At non est necesse tutori rem male gerere: de eo autem tutore & curatore, qui rem male gesserit, nunc quæritur. Nam ad hunc pertinent verba *d. L.* 3. *C. si tutor. vel curat. int.*

10) Consentit Duar. *ad hoc tit. D. fol.* 87. *&* *ad tit. C. Si tut. vel cur. fol.* 92. *&* *ad tit. C. Si advers. rem iudic. fol* 95. brocardicum quod DD. pro certa lege habent, Restitutionem non dari, si ordinarium remedium competat: Remedium ordinarium & extraordinarium non concurrere, ineptissimum ac falsissimum vocans ac meras nugas, & Baro ad *d. L.* 16. munitum iure communi dici qui adversus damnum ex re gesta defenditur. Minus vero est habere actionem quam rem. Et utilius est restitui quam sumptuosis actionibus distringi, Wesenbec. *in Par. hoc titulo n.* 8. Nec pro minore inducta decisio *d. L.* 16. contra eum adduci debet nec subsidiarium hoc ideo remedium, sed principale, Alex. Raudens. *Decis. Pisana* 12. *n.* 61. Anton. ad *d. L.* 16. *princ.* ita: Communi auxilio &c. Sensus est si auctoritas iuris illæsum ius servavit, non obstante negocio, quod gessit, perinde ac si nec gessisset. *Commune auxilium* non quod maioribus commune. Nam & appellatio communis, nec tamen qui appellare potest, restitui nequit; Sed quod minoribus omnibus aut pupillis commune ex sola iuris auctoritate, citra ullam prætoris adeundi necessitatem, per exempla subiecta. Sed etsi *commune* diceretur quod & maioribus competit, verba tamen *d. L.* 16. hæc duo coniungunt: *communi auxilio & mero iure*, ut recte Donellus hic post Fulgos. & Mudæ. ad *L.* 5. *C. de in int. rest.* Quæ male DD. separant priore contenti, alias frustra illa adiecta *& mero iure*. Quin ubi gesta iure rata sunt, sed aliqua actione maioribus communi infringi possunt, tanto gravior est læsio, dignior que ope prætoris. Qui non dedignatur sua beneficia, etiam illis impertiri, quibus non adeo necessaria sunt, sed tantum utilia, ut bonorum possessionem iis, qui iure civili adire hereditatem possunt &c. Alia ratio actionis de dolo subsidiariæ quia ea est famosa. Non obstat *d. L.* 16. *pr.* versus *num alia actio*. Nam respondet Ant. Fab. *ibid.* Alia actio; non quod ius dicendi nullum actionis verbo contineatur, ut post Accurs. Cuiac. Sed *alia*, non quæcunque: verum ea quam haberet minor, etsi negocium non esset, id est quæ ei competit ipso iure, non aliam ob caussam quam quod gesta non teneant, ut rei vindicatio ut per exempla. Non si *alia* ex ipso negocio competens ut condictio *d. L.* 16. §. 2. Mudæus *d. loc.* Resp non obstare illa verba, quia subditur, *citra in integrum restitutionem*. Quod idem est ac si dicat mero iure. Mihi sic exponenda videntur. Videndum *num alia actio* competat, id est, non an alia actio sit minori, sed an alia actio sit adversario, quasi dicat. Si adversarius contra minorem actionem non habeat, non necessaria est restitutio. Probat hoc species subdita. Pone: Pupillus mutuum accepit sine tutore, idemque nummos perdidit. Cessat restitutio *d. L.* 16. *pr.* Quia scilicet nulla actio est mutuanti contra pupillum &c. Apertior hic sensus si pro *alia* legas *aliqua*, quomodo veteres codices habere testatur Walt. 1. *Misc.* 31. Verum etsi hæc ita sint: DD. tamen & pragmaticis constitutissimum est suum illud brocardicum, ac citius forte clavam Herculi ademeris, quam ut contra in foro disputando audiaris. Videndum igitur ut istud declarent vel restringant. De quibus Mauric *Cap.* 12. *& Cap.* 289. fuse Odd. *P.* 1. *Q.* 17. Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. implorare in int. rest. n* 9. *& seqq.* Potiores declarationes hæ duæ: (1) ut obtineat quando utrumque remedium ordinarium & extraordinario contra eundem: secus si contra diversos *L.* 3. *C. si tut. vel cur.* Caldas *d. loc. n.* 10. Odd. *d. Q.* 17. *Art.* 2. Zas. 1. *Singul. Resp.* 20. *n.* 221. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 7. *n.* 17. dissentit Pac. 2. *Q.* 99. ita demum admittens, si utilior restitutio minori, quam actio contra alium. Plane 5. modis hanc declarationem restringit Odd. *d. loc.* (2) Ut non obtineat, quando extraordinarium remedium plenius prospicit Odd. *d. Artic.* 2. *n.* 33. Caldas *d. loc. n.* 11. Mauric. *Cap.* 12. *n.* 7. Pac. 2 *Q.* 99. Zas. *d. Cap.* 21. *n.* 18. Cæs.-Contard. in *L. diffamari Cap.* 4. *n.* 101. Sichard. ad *L.* 1. *C. Ex quib. ca. mai. n.* 2. Petr. Barbosa ad *L. quia* 14. (*alias* 13.) *Sol. matrim. n.* 69. Et communissimam vocat Io. Ludov. Bender. *de Revisione Concl* 25. *n.* 12. Sic etsi minori ob omissas allegationes condemnato appellatio parata sit; non tamen negatur restitutio, quia pinguior, Caldas *d. loc.* Odd. *d. Q.* 17. *Artic.* 9 Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9 *Cap.* 15. *n.* 2. Hinc & læso ultra dimidiam minore restitutionem non excludi per concurrens remedium *L.* 2. *C. de resc. vend* tradunt Covar. 1. *Var. Resol.* 3 *n.* 4. Pin. in *d. L.* 2. *P.* 3 *Cap.* 1. *n.* 19. Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 9 Ant. de Gamma *Decis.* 21. Mauric. *Cap* 289. Caldas *d. loc. n.* 12. *& seq.* Quia restitutio plenior, per quam consequitur fructus a tempore venditionis *L.* 24. §. *pen. h. tit.* Nec adversarius supplendo quod iusto pretio deest rem retinere potest, si forte interfit minoris ipsam rem recipere &c

11) Quomodo Azo *in Summa C. hoc tit. n.* 15 Fr. de Caldas *ad L.* 3. *C. h. t. v. implorare in int. n.* 34. Mudæ. *ad L. ult. C. si tut. vel cur.* Mauric *Cap.* 254. *circ. med.* vers. *nec est absonum* Seraphin. de Seraphin. *Privileg. iuram.* 102. *n.* 14. quod promptius subveniatur iis quorum munus necessarium *L.* 1. §. 3. *&* 4. *Depos.*

int. Quid ergo ad hoc exemplum dicimus? Nempe ut maxime superiora ita sunt, tamen exemplum minime congruere. Longe enim alia persona est procuratoris, alia tutoris aut curatoris in rerum minoris administratione. Procurator minoris si quid gerit, contrahit cum alio, quanvis id faciat mandatu & nomine minoris, ipse tamen rem gerit, non minor. Indicio est, quod si qua inde actio acquiritur a procuratore, ea acquiritur ipsi procuratori, quam postea domino præstare cogitur. *L. possessio*, §. *ultim. D. de acquir. poss.* si qua contrahitur obligatio ab eo, ipse obligatur, non dominus. *L. procurator*, 67. *D. de proc.* Hæc res facit, ut minori ex hac caussa non possit statim competere in integrum restitutio adversus eum, cum quo res gesta est: quia verum est eam gestam non esse cum minore. Ita necesse est, ut minor prius agat cum procuratore, a quo si rem servare non potest, tum demum res minoris agi intelligitur, quia agitur eius incommodum, eoque & tunc primum nascitur ei in integrum restitutio. At cum minor gerit quid tutoris aut curatoris auctoritate, statim a principio verum est [12] rem cum minore gestam. Quæ res ei, si læsus est, statim in integrum restitutionem tribuit: quoniam prætor in integrum restitutionem pollicetur de omni eo, quod cum minore gestum est. Sed etsi tutores ipsi aut curatores per se quid gesserint in rebus minoris, puta quid vendiderint, idem dicendum est: certe ad istos potissimum referuntur verba. *d. L.* 3. & *L. ultim. C. eod. tit.* Nempe ideo, quia & istis rem gerentibus res cum minore ipso geri intelligitur. Hi enim quia in rerum minoris administratione pro dominis habentur, ut ante dixi: ideo quidquid hic ab his gestum est, perinde [13] accipitur, quasi cum ipso minore gestum esset, etiam ut minor obligetur. *L. ultim. C. si advers. rem iud.* Sit igitur hoc constitutum, qua in re minoris tutor vel curator intervenerit, vel auctoritatem præbendo, vel quid per se gerendo, minorem eo facto læsum, statim in integrum restitui posse, quanvis a tutore vel curatore suum consequi possit, quia illi solvendo sint. Ita eveniet, quod hinc natum traditur in *L. ultim. eod. tit.* Utrum minor adversus tutorem curatoremve agat, an vero in integrum restitutionem postulet, ut sic parcat & gratificetur superioribus, esse in ipsius potestate, nec utrum ex his elegerit, nocere ei electionem, quominus quod una via ab uno consecutus non sit, id altera ab alio consequatur. Sane hoc superioribus adiiciendum est, cum curatores idonei sunt, sic posse minorem fundo vendito adversus emptorem restitui, si fondo meliore facto, velit omnes impensas, quas emptor bona fide fecerit, ei præstare. *L. intra*, §. *ult. D. de min.*

XVI. Nonnumquam tamen tutorum aut curatorum auctoritas interveniens in integrum restitutionem excludit: quod tribus his in caussis a Iustiniano diversis legibus constitutum est: in redditibus & pensionibus annuis, quæ solutæ sunt aut minori tutore vel curatore auctore, aut tutori ipsi vel curatori. *L. sancimus*, 1. *C. de admin. tut.* In hereditate fideicommissaria minori restitui iussa, quæ ei ab herede tutore vel curatore auctore restituta est. *L. pen.* in prin. *C. ad Trebel.* In instantia iudicii, quæ triennio legitimo exclusa est, cum res tutoribus aut curatoribus auctoribus iudicio acta esset. Hactenus tamen in hac specie denegata in integrum restitutio minori, dum tutores & curatores quorum culpa id damnum contigit, solvendo sint, ut possit minor ab his rem servare. Alioqui restitutio minori concessa ad repetendam eandem actionem: hoc in *L. properandum*, §. *ult. C. de iud.* Hæc obiter de his exceptionibus nunc attigisse sufficiat, ut pro loco: de quibus amplius inter exceptiones huius edicti dicendum est, quo singularum ratio cognoscatur. His etiam quartam speciem recte adiecturi videmur, venditionem rei pupillaris vel adolescentis, quam lex distrahi non prohibet. Huius quidem distractionis nomine conceditur in integrum restitutio in *L. pen. D. de min.* sed hac conditione, si grande damnum pupilli vel adolescentis versetur. De qua specie scripsi supra in capite de læso minore in extremo.

XVII. Si tutorum vel curatorum auctoritas rei cum minore gestæ adhibita restitu-

12) Quod geritur a tutore vel curatore, facilius cum minore gestum intelligitur, quam cum domino id quod procurator gessit. Duar. *ad d. h. tit. C.* Et tutoris persona magis repræsentat pupillum, quam procuratoris dominum. Nam ex contractu procuratoris contra ipsum agi potest *L. 46. h. t. L. 49. Mand.* ex tutoris non item *L. 2. de adm. tut.* Anton. Fab. *ad d. L.* 13.

13) Duar. *ad d. tit.* C. Mudæ. *ad L. 9. C. d. tit.* Tutor enim non alia ex caussa accedit, nisi ut infirmum iudicium suppleat. Et ut minoris nomine contrahit (nam si suo, non tenetur minor, nec opus restitutione: *L. pen. C. d. tit*) ita huius opera & ministerio minor iuris fictione actum ipsum celebrasse dicitur, Mauric. *Cap.* 147. *n.* 3. Sed etsi tutor omni culpa careat, ubi ipse non tenetur, restitutio est *L. 47. pr. hoc tit.* Anton. Fab. *ad L. 45. h. t.* Mudæ. *ad d. L.* 3. vid. Mauric. *Cap.* 146.

ſtitutionem in integrum minoribus non adimit: multo minus adimet parentis auctoritas in re cum filio minore geſta, ſive is mancipatus erit, ſive in patris poteſtate. Cuius rei exemplum eſt in *L. ult. C. de filioſ. min.* in eo filio, qui pro patre fideiuſſit: qua in ſpecie illic ſcriptum eſt: filium nihilominus ſi patri defuncto non ſucceſſit, in integrum reſtitutionem poſtulare poſſe: cum tamen & patris caritas videretur hoc officium poſtulare a filio, ut fidem patris liberaret, & patris auctoritas rem geſtam ab initio comprobantis videri poſſet rem a filio minore geſtam ſatis confirmare. Sed, ut dixi, multo minus patris auctoritas in re gerenda nocere debuit filio, quam tutoris aut curatoris minori ipſorum fidei commiſſo. Non enim ut horum poteſtas & auctoritas comparata eſt ad res minorum gerendas & geſtas ſuo periculo comprobandas: ita eſt & patris in rebus filii, cui neque earum rerum adminiſtratio commiſſa eſt, quatenus tantum pater eſt, nec ſi quid gerente filio comprobarit, ideo illi obligatur. Unde placuit impuberem nec auctore patre obligari poſſe. *L. ult.* §. 1. *D. de verb. oblig.*

XVIII. Iam in perſona eius, adverſus quem in integrum reſtitutio poſtulatur, eſt interdum perſonæ favor is, qui iuſtam dubitationem adferat, an adverſus eum minoribus in integrum reſtitutio tribui debeat. Huiuſmodi perſonæ duæ; [14] fiſcus, & debitor in pecunia minori ſoluta. Fiſci præcipuus quidam eſt favor innumeris rebus comprobatus. Declarant varia privilegia huic tributa, quæ commemorantur maxime in *L. 6. L. aufertur*, §. *fiſcus*, *D. de iur. fiſ.* Iuſte igitur dubitetur, ſi quid fiſcus cum minore geſſerit, ſi qua minori cum fiſco intercedat obligatio, an etiam minor reſtitui poſſit adverſus fiſcum, & an non hoc etiam inter privilegia fiſci numerandum ſit, ut ne ſit locus reſtitutioni. Et dubitatio ſublata eſt proprio Titulo *C. ſi adverſ. fiſ.* quo declaratur minorem in re cum fiſco geſta, ſi captus eſt, non minus adverſus fiſcum reſtitui poſſe, quam adverſus cæteros: hoc maxime in *L. 2. eod tit.* Una exceptio eſt, quam & inter alias huius edicti referre oportebit, niſi res minoris diſtractæ ſint a procuratore fiſci ob publicas penſitationes non ſolutas, & diſtractæ ſint ſolemniter publica auctione idque minore in ſolutione ceſſante: placetque ſi quid horum deſit, reſtitutioni locum eſſe *L. 1. L. ult. C. eod. L. 1. L. 2. C. ſi prop. publ. penſitat.* Quod & Accurſius recte annotavit ad *d. L. ult. ſi adv. fiſc.* adſcriptis ad eius ſententiæ fidem pluribus locis.

XIX. Debitor quoque cum pecuniam minori debitam hinc ſolvit, ſi non temere ſolvit, ſed adhibita tutoris aut curatoris auctoritate, favore vel potius commiſeratione dignus videtur, ne ſi minor poſtea eam pecuniam dilapidarit, aut perdiderit, iterum eo nomine appelletur, & negligentiæ aut profuſionis alienæ pœnam luat. Nam ſolvendo fecit, quod iure facere cogebatur: debebat enim. Et quod ſe iudicio compelli paſſus non eſt, laudandus videtur potius, qui bonam fidem in eo agnovit. Quid ergo, ſi minor acceptam pecuniam perdidit poſtea, aut male conſumpſit: an etiam adverſus hunc debitorem reſtituetur, ut iterum idem petere & conſequi liceat? Placet etiam hic eum reſtitui poſſe. *L. 1. C. ſi adv. ſolu.*

XX. Quominus autem id inique aut dure conſtitui videatur adverſus miſerum debitorem Iuſtinianus conſtitutione quadam ſua effecit, ea eſt *L. ſancimus*, 1. *C. de adm. tut.* quæ refertur in §. *ultim. Inſtit. quib. al. lic. vel non.* Cavit enim, ſi quod damnum ex ſolutione debitor metuat, in poteſtate eius eſſe id vitare. Licere enim ei non ſolvere minori, quanvis petat per tutores aut curatores, ſed exſpectare, donec iudicio conventus iubeatur ſolvere ſententia iudicis. Et ne forte id iudicium ſubire metuat propter ſumptus litis, in quos condemnari ſolet, qui vincitur; voluit Iuſtinianus iudicialem hanc ſententiam adverſus confitentem debitorem ſine ullo eius damno procedere. Hac ſententia iuſſus ſolvere ſi ſolvit tutori vel curatori, tum iuſſit eum pleniſſimam ſecuritatem conſequi, ut ſcilicet nec reſtitutionem in integrum poſtea formidare debeat. Huic conſtitutioni adiiciemus, quod Ulpianus ſcribit in hac ſpecie in *L. ait*, §. 1. *D. de minor.* etſi prætor decernat pecuniam ſolvendam ſine curatoribus, idque tum faciat, cum debitor allegaſſet minorem eſſe, qui peteret;

14) *L. 45. §. ult. de iure fiſci* vid. Duar. *ad tit. C. ſi ad fiſc.* Mauric. *Cap.* 217. *&* 219. Odd *Quæſt.* 18 *Artic.* 11. *& ſeqq.* Atque huc referenda *L. ult. D. de in int. reſtit.* iuxta receptam lectionem *contra Rempublicam*. Etſi, ea reiecta, alii ſubſtituant *contra rem iudicatam*, Govein. 1. *Var. Lect.* 33. & probant Cuiac. & Anton. Fab. *ibid.* Elb Leonin. 5. *Emend.* 18. *n.* 5. Alii *contra rem publicatam.* Ravard. 5. *Var.* 18. (quod ſcriptum fuerit *rempublic.* id eſt poſt rei iudicatæ exſecutionem, cum res creditoribus addicta venalis proſcribitur Nam, inquit, & quod publice propoſitum erat venale publicari dicebatur *L.* 11. §. 1. *Quod vi aut clam*, quæ hoc vix probat.

ret; nihil debitori imputandum, si hoc modo compulsus solverit, nec minorem in integrum restitui volentem audiendum. Et recte: quid est enim, quod imputari possit ei, qui etiam, si vellet, aliter facere non potuit? ratio usurpata in simili re in *l. cum quidam*, §. *si pupillo*, *D. de usur.* Non potuit autem aliter, qui a iudice iussus parere necesse habuit. *L. non potest dolo*, *D. de reg. iur. C. quod quis*, *de reg. iur. in 6.* Sed quid si minores eorumve tutores aut curatores moram trahant, & moniti a debitore differant rem iudicis sententiæ subiicere, ne debitor solvere audeat, atque ita fiat, ut adversus non solventem perpetuo currant usuræ? Faciendum est, quod Ulpianus eodem loco cavet in *d. L. ait*, §. 1. Pecunia a debitore deponi debet solemniter, ita fiet eodem tempore, ut & debitor ultra usuris non oneretur, & pecunia tuto in loco deposita minori non pereat: quæ vis est obsignationis & depositionis legitimæ. *L. obsignatione*, *C. de sol. L. acceptam*, *C. de usur.* Ulpianus ait deponi debere in ædem: id quod in *d. L. acceptam*. dicitur in ædes sacratissimas. Significat autem sub una specie eam obsignationem, quæ generaliter dicitur obsignatio solemniter facta in *d. L. obsignatione*, *C. de sol.* Ea autem est, quæ describitur in *d. L. acceptam*. Cum scilicet res in publico deponitur, & adiicitur, hoc casu publicum intelligi oportere, vel sacratissimas ædes, vel ubi competens iudex super ea re aditus pecuniam deponi constituerit.

XXI. Ad extremum etiam inconstantia minoris in restitutione in integrum varie mutanda interdum dubitationem adfert, num ei in hac inconstantia tribui debeat in integrum restitutio. Quod accidit in specie huiusmodi. Minor delatam sibi hereditatem tutore aut curatore auctore repudiavit tanquam damnosam. Deinde cum spes nova lucri ostenderetur, postulavit in integrum restitutionem, ut sibi eam hereditatem adire liceret, & restitutus est. Idem cognito postea errore suo desiderat restitui, ut superius factum mutet, & sibi iterum repudiare liceat. Quæritur, an sit audiendus. Hæc quidem inconstantia aliis in caussis omnibus improbari solet: ut in domino, qui pluribus rebus eiusdem iudicii procuratori mandatis quasdam revocat, quasdam relinquit in qua specie placet eam inconstantiam domini nullo modo ferendam. *L. in caussa*, *D. de proc.* Sed ne hæc quidem inconstantia [15] quidquam facit, quominus minor qua in re prius læsus est, recte restituatur. *L. ait*, §. *restitutus*, *D. de minor.* Etiam illa inconstantia est, si minor condemnatus adversus unum caput sententiæ restitui velit, cætera valere patiatur: ut proinde non aliter videatur audiendus, quam si patiatur totam litem instaurari, si quidem hoc adversarius postulet. Sed & hic visum est, si species in qua minor in integrum restitui desiderat, cæteris speciebus [16] non cohæret, nihil proponi, cur non recte desideret, aut cur adversarius a tota sententia postulans audiatur. *L. etiam*, 29. §. 1. *D. de min.*

CAP.

15) Quia non contrarius est eodem tempore & instanti, Caldas *in defin. v. implorandum. n.*035. vid. Mauric. *Cap.* 231. Cuiac. & Anton. Fab. *ad dict.* §. 9. Confer. *infr. Cap. seq. N.* 14.

16) Cum scilicet plura capita non connexa, ubi tot videntur esse sententiæ argum. *L.* 29. *de V. O.* A. Fab. *ad d.* §. 1. Tunc enim & appellari ab uno capite posset, Rebuff. *h. Tr. Art.* 8. *Gl.* 1. *n.* 21. vid. Mauric. *Cap.* 195.

C A P. XII.

Quibus in caussis denegetur in integrum restitutio minoribus quanvis sua facilitate læsis. In quo sunt huius edicti exceptiones.

Restitutionis minorum exceptiones per tria rerum genera distribui, & quæ illa. I.

Ex primo rerum genere octo aut plures numerari quæ restitutionem excludunt. II.

1. *Libertatem: nisi adversus hanc ex magna caussa impetretur a Principe restitutio.* III. IV.
2. *Servitutem, etiamsi sua facilitate in eam minor inciderit: alia tamen minoris arrogati caussa.* V. VI.
3. *Præscriptiones tres temporarias; quæ istæ.* VII.
4. *Persecutiones pœnarum semel omissas.* VIII.

Has a minore repeti non posse per in integrum restitutionem quomodo ostenditur. IX. X.

5. *Solutiones, quibus minoris debitor ipso iure liberatur: Huius generis tres.* XI.

Prima *in redditibus versatur & pensionibus annuis.* XII.

Altera *in restitutione fideicommissariæ hereditatis.* XIII.

Tertia *in solutione facta minori prævio iudicis iussu.* XIV.

6. *Pignoris publici & prætorii distractiones, publicum pignus quid sit.* XV.
7. *Rem pro libertate iudicatam, aut adversus restitutionem minoris, & id posterius, etsi semel.* XVI.

Nisi pro in integrum restitutione novas defensiones afferat. XVII.

Aut appellet ab utraque sententia, quandiu minor, perpetuo: intra tempora vero a iure statuta maior factus. XVIII.

8. *Hereditatem omissam aut repudiatam, re non integra; si tamen* suus *heres non sit, qui omisit.* XIX.
9. *Etiam modica quantitate excludi in integrum restitutionem: Hoc quale sit, exemplis illustratur.* XX.

Secundo *adversus personam minoris ex hoc edicto non admittitur restitutio; esto minor restituatur adversus Velleianum etiam aut Macedonianum.* XXI.

Item nec adversus personam parentis aut patroni in iis quæ hi cum filio aut liberto gesserint. XXII. XXIII.

Nec tamen illo casu denegatur restitutio minori, cum adversus hos aut horum factum non ille eam petit. XXIV.

L. si cum pater 2. Cod. si adv. rem iud. *abrogatur per* L. cum apud veteres 2. Cod. qui & adv. quos integr. restit. non poss. XXV.

Quid si parens aut patronus dolo quid gesserint cum filio, vel liberto. XXVI.

Tertio *restitutionem hanc excludi per factum minoris triplex (unum ab alio quo ordine distinguatur).* XXVII.

Primum, *quo veniam ætatis impetravit, qui huius impetrationis; & quæ ad hanc necessaria.* XXVIII.

Secundum, *quo maior factus quod minor gesserat, verbis aut facto comprobavit.* XXIX.

Quando quis gestum in minori ætate facto comprobet, aut secus. XXX.

Tertium, *cum iuravit minor in contrahenda re, vel incontinenti nihil se contra facturum: Hoc iusiurandum quale.* XXXI.

I. Atque hæ res sunt, de quibus iuste dubitari soleat, an impediant in integrum restitutionem minoribus, neque impediunt tamen, ut ostendimus: quas ideo prius removeri oportuit, ne quem hic locum inter veras exceptiones occuparent. Quibus remotis, superest, veniamus iam ad eas res, quæ vere restitutionem hanc minoribus quanvis sua facilitate læsis excludunt. In quo sunt exceptiones eius auxilii, quod ætati ex suis caussis ante constituimus. Et tria genera rerum sunt, quæ minoribus etiam sua facilitate ex lubrico ætatis læsis restitutionem in integrum adimunt: totidem earum caussarum, in quibus denegatur in integrum restitutio: alias res ipsa, adversus quam in integrum restitutio postulatur; interdum persona eius, adversus quam postulatur; nonnunquam factum minoris.

II. Res, adversus quas restitutio postulatur, non omnes hanc excludunt; sed eæ, quæ aut per se & natura sua non admittunt in integrum restitutionem, aut adversus quas non est æquum restitutionem concedi: quo in numero sunt generibus ipsis circiter ad octo, quas ordine breviter exsequar.

III. Primum libertas: adversus hanc cum semel iure data erit, nullum locum habere potest in integrum restitutio. *L.* 3. *C. si adv. lib. L. minor.* 48. §. 1. *D. de min.* pro quo Ulpianus dixit adversus libertatem minori a prætore succurri impossibile esse. *L. si ex caussa*, in fin. *D. de min* Sed cur impossibile, aut cur hic restitutio locum habere non potest? Quia id agitur hac restitutione, ut qui liber erat, servus efficiatur invitus. Adversus civem autem Romanum, idest, liberum hominem nemo prætor aut iudex potest hoc constituere, ut [1] ex libero servum faciat. Certi sunt modi iure constituti, quibus quis servus efficitur: in quibus ad hanc mutationem status nihil civi adversus eivem quidquam conceditur. Sic autem adversus libertatem nulla restitutio est, ut nihil intersit, debita aliquo modo præstita fuerit, an indebita: *L.* 1. *C. si adv lib.* nihil, utrum facilitate tantum sua adductus minor libertatem dederit, an vero ipsius etiam servi dolo circumscriptus. *L.* 2. *C. eod.* Et quoniam in iudicio liberali, in quo quæritur liber quis sit, an servus, sententia pro libertate lata liberum facit: *L. ingenuum*, *D. de stat. hom.* consequens est, quod traditur in *L. ult. C. eod.* sententiam in iudicio liberali pro libertate latam prærogativa minoris ætatis rescindi non posse, idest, minorem adversus eam sententiam in integrum restitui non posse. Consequens ideo, quia isto modo tribueretur in integrum restitutio adversus libertatem sententia superiore constitutam. Negavimus autem in universum minorem adversus libertatem restitui posse. Cui non est contrarium, quod scriptum est in *L.* 1. *C. eod.* si eum fideicommissaria libertas adversus minorem peteretur, prætor pronuntiaverit eam deberi: posse minorem adversus eam sententiam in integrum restitui, quo ei eandem litem instaurare liceat. Non enim hac sententia libertas datur, vel data confirmatur, sed [2] dandam esse pronuntiatur. Quo fit, ut cum adversus eam sententiam restituetur minor, non possit dici restitutio esse adversus libertatem, quæ nondum ulla est.

IV. Plane minorem etiam adversus libertatem quandoque impetrare posse restitutionem placet: sed his conditionibus, dum impetretur restitutio [3] a principe, & ex magna caussa postuletur: exceptio addita in *L. nisi*, 10. *D. de min.* Principem exigimus: quia ut penes hunc aliarum rerum summa potestas est, ita & libertatis, si caussa postulet, revocandæ. Magnam autem caussam sic interpretor, si duo concurrant; scilicet ut & servus dominum in hoc circumscripserit, ut se manumitteret, & dominus a manumisso damnum [4] sarcire non possit. Hæc duo coniuncta iustam restitutioni caussam adferre sic recte colligemus. Nam in hac circumscriptione omnes concedent semper æquius esse consulere decepto ad rem suam recipiendam, quam decipienti ad lucrum dolo partum retinendum. Solum hic obesse domino potest libertatis datæ favor & prærogativa. Sed si hæc obtendatur a manumisso, eaque ille se defendi postulet: iuste illi regeretur ex adverso, parum verecunde eum libertatem sibi defendere adversus eum, a quo eam dolo suo sit consecutus, frustraque eum implorare in ea re auxilium legum, qui contra eas committit, ut est in *L. auxilium*, in fin. *D. de min.* Illud tenendum libertatem iam datam, ipsam esse, quæ restitutionem non admittat. Cum autem maior annis viginti servum vendidit, ut manumitteretur, sola hæc conventio non impediet restitutionem, si venditor ante manumissionem restitui postulet. *L. verum*, §. 1. *D. de min.* Utcumque autem adversus libertatem

1) Ant. Fab. ad *L.* 9. §. *ult. h. t.* ubi quis semel liber factus, quia ad naturalem statum redit, non potest fieri servus, nisi interveniente aliquo modo, ex iis qui iure gentium, aut civili constituti. Fr. de Caldas *in definit.* v. *lesi n.* 158. quia manumissus mutat statum, & novus homo efficitur *L.* 27. §. 1. *de adim leg.* vid. & Mauric. *Cap.* 240. *& seqq.* qui hoc libertatis favore receptum statuit & Odd *P.* 1. *Q.* 5 *Art.* 3. *&* 4.

2) Ita & alii restitutionem negari contra libertatem concessam & competentem, non contra concedendam & competituram. Azo *in Summa C. d. t.* Duar ad *d. L. ult.* Caldas *d. l. c. n.* 160 & Mauric *Cap.* 222 restitui minorem contra sententiam, quæ libertatem tribuendam declarat. Quæc. Atqui sententia, qua pronunciatur liber, appellatione rescindi potest. *d. L. ult.* Resp. Ratio differentiæ. In appellatione conqueritur minor de inequitate sententiæ; in restitutione non item, sed erroris ac simplicitatis venia petitur, cuius prætextu libertas iam competens non rescindenda. Duar. ad *d. L. ult.* Et appellatio rescindit iudicatum principaliter, libertatem non nisi per consequentiam, A. Fab. ad *L.* 9. §. *ult. h. t.* aliter Mauric. *Cap.* 250.

3) Prætor quod iure impossibile est non potest; princeps potest, quia est supra leges, Ant. Fab. ad *d. L.* 10.

4) Mauric *Cap* 240. *n.* 3 ita si manumissio servi ad eversionem domus minoris pertinet argum. *L. ult. in fin. de off. præs.* aut si opera manumissi omnino carere nequeat minor, add. Odd. *P.* 2. *Q.* 55. *Artic.* 4.

tem cessabit omnis restitutio: sciendum est tamen non continuo rem suam minori domino perire. Damnum enim quod ob eam caussam illatum est, sarcire potest, aut a curatoribus iudicio negotiorum gestorum, si quidem culpa sua servum manumitti, aut liberum pronuntiari passi sint, nec appellaverint, cautum in *L. 1. C. si adv. lib.* aut a manumisso, qui hoc damnum intulit, si dolo eius minor circumventus eum manumiserit, cautum in *L. 2. L. 3. C. eod.*

V. Proxima in hoc genere libertati est servitus. Ut minor adversus libertatem quam dederit, aut quæ eo agente constituta sit, restitui non potest: sic nec potest adversus servitutem, in quam se facto suo coniecerit. Non dico ob delictum; veluti si libertus adversus patronum ingratus revocatus sit in servitutem. Nam hic alia ratione & quidem iure communi impeditur restitutio: eo quod in delictis in universum non succurritur minoribus, ut supra diximus. Sed ita definitio est, ut non possit minor restitui adversus servitutem, etiam si se in eam sua facilitate & levitate ætatis coniecerit, veluti, si minor annis viginti quinque, maior tamen viginti se in servitutem venire passus sit, & pretium participaverit, quo exemplo in hac re veteres utuntur: hoc Ulpianus in *L. si ex caussa, §. ult.* D. de minor. *Et hoc merito*, inquit, *quoniam res nec capit restitutionem, cum statum mutat.* Hoc sic accipe, cum statum mutat eo modo, de quo nunc agitur: vel cum statum plane mutat ita; ut statum habere desinat: quod contingit ei, qui ex libero fit servus. Ideo autem tunc res non capit restitutionem, vel [5] quia in eum qui non est, non cadit ullius rei restitutio: prius enim esse aliquem oportet, quam dicatur posse restitui. Servi autem iure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet, D. de reg. iur.* vel quia nisi servus pro præmio libertatem accipiat, ab alio quam a domino suo manumitti non potest. *L. 4. C. de his qui a non dom. manum. sunt.* Magistratus autem qui restituere in libertatem volet, idest manumittere, dominus non est.

VI. In eadem caussa non est minor, qui extra servitutis caussam se in alienam potestatem contulit, alii se arrogandum dando. *Hic*, inquit Ulpianus, *si in ipsa arrogatione se circumventum dicat: finge enim a prædone hominem locupletem arrogatum: audiri debet in integrum se restituens*, id est, se restitui postulans: hoc in *L. 3. §. si quis minor, D. de min.* Nempe ideo, quia [6] arrogatus nihilominus eius manet, ut ante: ut post arroga-

5) Ita & Mauric. *Cap.* 242. *n.* 3. quia status ex integro mutatur seu tollitur ac perimitur. Quare ei, cui non est restitutio, dari nequit, Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. hunc contractum n.* 29. Odd. *P.* 2. *Q.* 55. *Art.* 1. *n.* 5. Accedit ea ratio quod in delictis nulla restitutio. Atqui & hic minor servus fit ex delicto, in pœnam facti improbi, vid. *supra Lib.* 2. *Cap.* 9. *N.* 13. Servile quippe est, & abiecti animi pati se venundari. Et turpissimum est mercede & pretio accepto de ea re pacisci. Duar. *ad tit. C. si mai. fact. rat. sub fin.* Quin nec hic distinguendum esset an maior 20. annis, nisi distinctionem hanc fecisset ipsum SC. Claudianum, quod libertatem eripit, non conventio *L.* 3. *C. Quib. ad lib. proclam. non lic.* Nec est quod tantopere miretur ac monstri aliquid alere dicat Vasq. 1. *Ill. Contr.* 9. *n.* 11. quod cum minori nec prædium alienare liceat, libertate tamen se abdicare concedatur; cui fere succinit Goth. *ad Nov. Leonis* 59. *lit. L.* Nam immo indignus est libertate qui ita eam deæstimat, vid. Gœd. ad *L.* 3. *de V. S. n.* 37. Et hoc verum esse etiam si pater vel maritus vindicari velit, quasi in sui præiudicium se vendere non potuerit, vult Rebuff. *h. Tr. Artic.* 1. *Gl.* 2. *n.* 19.

6) Mauric. *Cap.* 242. *n.* 3. quia hic non ex integro status mutatur vel omnino extinguitur, vid. idem *Cap.* 227. Odd. *d. Q.* 55. *Art.* 1. Cuiac. ad *d. L.* 3. §. 6. *h. t.* & A. Fab. *ibid.* ac ad *L.* 9. §. 4. *h. t.* volunt *d.* §. 4. loqui de statu iuris publici, quo salvo arrogatio contigit *L.* 1. §. *castris* 8. *ad SC. Tertyl.* Alias, inquiunt, res nulla restitutionem capiet, quia cum ea reponat in pristinum statum, nisi aliquatenus mutato statu fieri nequit. Sed ludunt in homonymia voculæ *status*, quæ longe alio sensu sumitur hic, ubi significatur rem, quæ integra esse desiit, eo reduci: alio, cum arrogatio statum mutare dicitur, scilicet conditionem familiæ &c. Plane A. Fab. ad *d.* §. 6. restitutionem hic fieri vult, non ut arrogatus habeatur pro non arrogato, sed ut arrogator caussa cognita emancipare iubeatur *L.* 32. *& seq. de adopt.* Quod refellit Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. in defin.* v. *læsis n.* 84. Nam ubi emancipatio petitur, præsupponitur læsum non esse minorem; sed expedire illi ut sui iuris sit, forte quia vult de bonis suis testari. Et tunc iura patriæ potestatis a tempore demum emancipationis finiuntur *L.* 13. *de adopt.* Hic vero arrogatus omnia bona sua translata, quasi nunquam fuisset arrogatus, & sic eum fructibus, recuperat. Male vero quia cum hodie bona arrogati non transeant, ideo cessare restitutionem. Nam imo læsio potest considerari in periculo dilapidationis, item malis moribus arrogantis, qui possunt filium corrumpere Caldas *d. loc.* Cæterum in eadem conditione, ut natura sua restitutionem non recipiat, est matrimonium, cum indissolubile sit. Etsi iuvenis cum vetula edentata, aut deformi, dives cum inope contraxerit, nullus pœnitentiæ locus, cum & hic quivis pubes pro maiore habeatur, vid. Mauric. *Cap.* 245. Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 2. Odd. *P.* 1. *Q.* 60. *Art.* 1. Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. hunc contractum n.* 29. Mala vero ratio Rebuffi. *Artic.* 1. *Gl.* 2. *n.* 2. quod ubi ius tertio acquisitum, vix locus sit restitutioni: Etsi nec festivitas nuptialis nec coniunctio corporum secuta, quæ Canonistis sponsalia de præsenti. Odd. *d. Q.* 60. *Art.* 2. Sed & brutum ac iuri Divino adversum videtur statutum Hamburgensium *P.* 2. *Tit.* 11. *Artic.* 7. quod hoc casu ex errore fortunæ, & non ex voto & opinione sponsi satis nummata sponsa reperiatur, diremptionem sponsaliorum de præsenti indulget. Et hoc ita perpetuum ubi de matrimonio vere constat, nec ulla lege contra caveri potest. Ast adversus confessionem matrimonii inconsultam, aut erroneam restitutionem non negari, vid Caldas ad *L.* 3. *C. h. t. v. vel adversarii dolo n.* 12. Mauric. *Cap.* 327. Odd. *d. Q.* 60. Quæ declaranda videntur, nisi ex ipsa confessione contractus connubii inferatur. Quid enim si facta sponsæ præsenti & acceptanti? Utique si maxime antea contractum non sit, saltem ex eo ipso tempore quo confessus est, contractum intelligetur coniugium. Sed & contra sententiam super matrimonio restitutio. Odd. *d. Art.* 9. Nam quo gravior & sanctior res est coniugium, eo agendum circumspectius. Utque vere initum nullatenus dissolvendum; ita pariter cavendum, ne ad ineundum quisquam iniqua iudicis sententia compellatur. Accensent his votum

tionem etiam maneat ea persona, quæ recipiat in integrum restitutionem. Arrogatus quidem fit arrogatione filiusfamilias, sed & filiifamilias persona eadem omnia recipit, quæ & patrisfamilias, non solum ut obligari, & conveniri iudicio possit. *L. tam ex contractibus, D. de iud. L. filiusfamilias, D. de obligationib. & actionib.* sed etiam ut agere in his, quæ patri non acquiruntur: & maxime si de restitutione in integrum in iis rebus agatur. *L. 3. §. ergo, §. si quid minori, D. de minor.*

VII. In eodem genere rerum numerentur nobis tertio loco præscriptiones illæ temporales, quas singulari iure placuit non solum currere adversus minores, sed etiam ita currere ut adversus eas impletas denegetur minoribus in integrum restitutio: quas supra quidem attigimus, cum has exciperemus ex numero reliquarum temporalium, quas negavimus cedere adversus minores; verum hic proprie cognoscendi locus est, ubi & excipiendi ratio insuper adiicietur. Eæ tres sunt. Una est, præscriptio sexaginta dierum, quæ post eos dies exactos obiicitur marito nunc primum uxorem adulterii accusanti. Hoc tempus marito ad hanc accusationem præstitutum placuit adversus maritum etiam minorem cedere: ac tandem eo exacto quemadmodum maritus iure communi & verbis legis Iuliæ amplius uxorem accusare non potest, sic nec eum extraordinario auxilio ætatis consequi posse in integrum restitutionem, ut sibi adhuc uxorem accusare liceat: hoc Tryphoninus in *L. auxilium, D. de min.* & denegatæ hic in integrum restitutionis rationem reddit. Nam hoc *ius omissum*, inquit, *si repetere vult* (maritus), *quid aliud, quam delicti veniam, id est* [7] *calumniæ, deprecatur? & cum neque in delictis, neque calumniatoribus prætorem succurrere oportere certi iuris sit, cessabit in integrum restitutio.* Significat Tryphoninus, cum maritus post exactos sexaginta dies, qui illi lege dati erant ad accusandum, uxorem accusare postulat, declarare eum se calumniæ caussa eam accusationem instituere. Nam si hic non calumniator, cur non agebat intra constitutum tempus, ubi recens dolor citius accusationem exprimere debebat? Quod si calumniatur, & nunc restitutionem ad eam accusationem repetendam postulat, vere dicitur, eum nihil aliud quam veniam huius calumniæ inducendæ sibi concedi postulare. Altera præscriptio est, quæ obiicitur post quinquennium agenti de statu defuncti. Quinquennio ad eam actionem legibus præfinito, placet & minorem si intra id tempus non egerit, non solum postea agentem iure communi excludi, sed nec ut sibi agere liceat, restitutione in integrum consequi posse. *L. si mater, C. ne de stat. defunct.* Hoc ius in hac specie præscriptionis singulare adversus minorem qui nihil deliquit, expressit favor libertatis, quæ regula iuris dicitur esse omnibus rebus favorabilior. *L. libertas omnibus, D. de reg. iur.* Tertia præscriptio est triennii, quo lis a minore per tutores, curatoresve instituta peracta non est. Hoc triennio desidia tutorum vel curatorum transacto placet minorem caussa cadere, & quidem ea lege, ut quandiu iacturam quam ex ea re passus est, sarcire poterit a tutoribus aut curatoribus, [8] denegetur ei, adversus eum cum quo lis erat, in integrum restitutio: alioqui contra: constitutum a Iustiniano in *L. properandum, §. ult. C. de iud.* Ius & hic singulare præter regulam communem traditam in *L. 3. C. si tutor vel cur. inter.* constitutum bono publico, ut sit aliquis litium finis, *L. ult. D. pro suo.*

VIII. Quarto præcipue restitutionem in integrum non recipiunt exsecutiones pœnarum omissæ: de quibus sic Tryphonini definitio est in *L. auxilium*, D. de min. *auxilium in integrum restitutionis exsecutionibus pœnarum paratum non est: ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest.* Exsecutiones pœnarum vocat pœnarum persecutiones privatis constitutas. Nam in persecutione alicuius rei, continetur exsecutio obligationis, & iuris eius, quod ad eam rem obtinendam constitutum habemus: sic dicta exsecutio obligationis, in *L. in exsecutione, D. de verbor. obligationib.* sic publica exsecutio in *L. prætor, 7. § 1. D. de iniur.* His exsecutionibus, inquit, auxi-

monasticum ac religionis ingressum, Odd. *d. Q. 60. Art. 4.* Mauric. *Cas. 246.* Adeo ut quidam censeant etsi minor blanditiis & illecebris inductus, non minus adstringi religioni, nec huiusmodi dolum nocere. Cum nec verus ille dolus sit, ac deceptio cesset in eo, qui in feliciorem statum vitam commutat, Fr. de Caldas ad *L. 3. C. h. t. v. hunc contractum n. 34.* vid. Celsus Bargal. *Lib. 1. de Dolo Cap. 8. n. 48. & seq. & Lib. 2. Cap. de Dolo re ipsa num. 70.*

7) Nam cum post 60. dies calumniam metuat maritus, æque, ut alius accusator, antea vero non, nisi evidens sit, qui lapsis 60 diebus petit ut adhuc liceat iure mariti accusare, videtur hoc petere, ut impune calumniari liceat. Quæ mens est Iurisconsulti in *d. L. 37.* etsi dissentit Cuiac. *ibid.* vid. Ant. Fab. *ibid.*

8) Mudæ *ad L. ult. C. si tut. vel cur.* Hoc ad vigorem iudiciorum constitutum, ut vel proprio dispendio discerent tutores & curatores tempora ad hoc statuta observare. Aliter Gilken. *de Præscript. P. 3. Cap. 1. n. 103.*

auxilium in integrum restitutionis paratum non est. Hoc sic 9) accipe, si semel hæ persecutiones a minore omissæ, remissæve sint, ut adversus amissas auxilium in integrum restitutionis postulet. Indicat Tryphoninus, cum subiicit Iniuriarum iudicium repeti non posse, sed prius semel omissum. Sed & verbum ipsum auxilii in integrum restitutionis, quo utitur, satis declarat: cum in re non amissa frustra tractetur de in integrum restitutione, quæ nihil nisi amissæ rei vel caussæ redintegratio est. *L. 2. C. in quib. cauf. in int. rest. non est nec.* Et ideo quod in aliis quibusdam exemplaribus quam Florentinis legitur; *auxilium in integrum restitutionis in* 10) *exemptionibus pœnarum paratum* non esse, non minus rectum est, atque haud scio, an melius. Nam & eandem sententiam habet, quam modo dixi, cum eximere pœnam nihil aliud sit, quam pœnæ persecutionem omittere: & hanc ipsam sententiam dilucide exprimit, quæ in superiore lectione magis coniectura & ratiocinatione, quam vi & significatione verborum intelligitur. Sic autem proprie omittuntur a minore pœnarum persecutiones, si intra tempora constituta eas non exsequatur. Sic remittuntur iure ipso utiliter, si pupillus remittat tutoris auctoritate, adolescens curatorem habens remittat auctoritate curatoris, aut qui curatorem non habet, per se remittat solus. Nam nec pupillus sine tutoris auctoritate unquam, nec adolescens qui curatorem habet, sine curatoris auctoritate deteriorem conditionem suam facere possunt; qui curatorem non habet adolescens, potest. *Inst. de auct. tut. L. 3. C. de in int. rest. min.* Hoc modo amissis ipso iure persecutionibus pœnarum, quæ minori quæsitæ erant, placet etiam ei ex hac parte edicti amitti, ut denegetur ei iu integrum restitutio ad eas repetendas. Denegandi caussa hæc est, quod pœnæ persecutio repeti per in integrum restitutionem a minore nisi aut malitiose, aut turpiter non potest.

IX. Id pœnarum genera facilius ostendent. Earum genera sunt tria. Quædam sunt, quæ ad vindictam publicam tantum pertinent, quales versantur in criminalibus iudiciis, quibus scilicet aut pœna corporalis infligitur, aut bonorum amissio irrogatur ita, ut inde ad privatum nihil redeat, sed totum addicatur fisco. Harum quidem pœnarum exsecutiones, quæ in accusatione consistunt, a minoribus semel omissæ, aperte in ea caussa sunt, ut nisi turpiter & malitiose ab his per in integrum restitutionem repeti non possint. Nam hoc constat, ut id fiat, eorum nihil interesse, tantumque ab illis id agi, non ut sibi prosint, ad quos ex ea accusatione nihil nisi molestia persecutionis reditura est: sed ut reo molestiam & periculum damnationis creent. Quodcumque eiusmodi desiderium nostrum est, quo petimus id concedi, quod concessum nobis nihil prosit, adversario noceat: id tanquam iniquum & malitiosum iura aversantur, negantque huiusmodi malitiis indulgeri oportere. *L. in fundo, D. de rei vindic.* Quod si in maioribus recipimus, non minus in minoribus recipiendum est, quos in delictis & malitia constat ætatis suffragio non adiuvari. *L. 1. §. 2. C. si adv. del. L. 3. C. si minor se maior. dix.* Et Tryphoninum, ut in hac specie denegarit minori in integrum restitutionem, ista ratione motum apparet in *d. L. auxilium*. Sunt aliæ quædam pœnæ pecuniariæ quidem & civiles, quæque ad privatum actorem redeant: sed incertæ ab initio, ut superiores, exitu quoque, solius item vindictæ caussa comparatæ: qualis est pœna civilis iniuriarum. Nam in hac actione licet omnia ista observare, ut declaratur in *§. pœna: Inst. de iniur. L. ait prætor 7. §. 1. D. eod.* Et de hac quoque diserte Tryphoninus scribit, iniuriarum iudicium omissum repeti non posse. Non dubium, quin ideo, quod minor hanc repetitionem sibi concedi postulans, in eandem illam reprehensionem incidat, propter quam illum ab accusatione omissa repetenda arceri ante diximus. Non enim ideo iniuriæ persecutionem repetit, ut quid sum consequatur, qui de suo nihil amisit; sed ut adversarium ulciscatur pœna iniuriæ ab eo exacta, id est, ut adversario ea pœna malefaciat. Nihil ad rem per-

9) Male Cuiac. *d. loc.* ubi pacto amissa actio, iniuriarum dari restitutionem, quod L. loquatur de omissa actione, non de amissa. Nam immo maior ratio denegandi, si expresse repudiavit, quam si tacite. Et improbior qui adversus propriam conventionem restitui vult, quam qui adversus solam negligentiam, Ant. Fab *ad d.* . 37. add. Odd. *P.* 2 *Quæst.* 85. *Art.* 7. Quid si de iniuria minori illata tutor, seu curator pactus: vid. Mauric. *Cap.* 151.

10) Haloand. *ibid.* reposuit *in exceptionibus*, quod reprobat Duar. *ad tit. C. si adv. delict. f.* 105 Desertio vero accusationis minori non nocet *L. 1. §. 10. in fin. ad SC. Turpil.* Unde Accurf. minorem restitui si relaxationem pœnæ postulat Non apte, ait Ant. Fab. *ad L.* 37. Nam ibi minor ipso iure tutus ne in idat in SC. Turpilianum. Sed nec apte obiicitur *L. 1. ad L. Iul. de ambitu.* Nam & ibi non restitutio prætoria est, sed præmium legis, Cuiac. *ad d. L.* 37 Pec. 3. *Quæst.* 6. Quare nec adversus omissam provocationem in accusationibus restituetur, Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 70. *n.* 1. etsi contra velit Parlad. 2 *Rer. Quotid.* 11 *n.* 5. licet ad obiiciendo vitia adversus testes restituatur, quando caussæ perdendæ alias periculum est, Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 65.

pertinet, quod persequitur privatam pœnam, quæ illius patrimonium auctura sit. Non enim hanc persequitur istius lucri caussa, [11] sed vindictæ: cuius spes si abesset, omnino non ageret iniuriarum. Alioqui esset turpissimus, qui ex læsa existimatione lucrum quæreret. Dici & illud potest, eum qui omissum iniuriarum iudicium repetat, non veterem iniuriam persequi, sed adversus eum, cum quo agit instituere novam. Nam vetus actio iniuriarum seu omissione, seu remissione ipso iure sublata est. *L. si tibi*, §. 1. *D. de pact.* Ad hanc reparandam restitutio prætoris est inutilis: propterea quod, ut recte Paulus ait, iniuriarum actio non ex pacto aut alio facto, quod postea secutum sit, nascitur, sed ex contumelia: at hæc post priorem illam omissionem nulla nata est. *L. si unus*, §. *pactus. D. de pact.*

X. Est & tertium genus, eius pœnæ videlicet, quæ & ipsa pecuniaria est & civilis, & privato actori data: sed certa ei constituta ab initio, nasciturque ex eo, quod quid privato ademptum est. Huius generis est pœna furti dupli, & quadrupli: quæ statim ab initio ista quantitate certa datur ei, cui furtum factum est. De hoc genere paulo plus est dubitationis, cum quæritur, an hoc omisso restitui minor possit adversus hanc omissionem. Posse enim dixeris, sive quod in hac remissione amittit minor actiones pecuniarias, quas ante certas sibi constitutas habuit: sive quod ut minimum amittit lucrum, quod his actionibus experiundo consequi potuit. Sed Tryphonini definitio superior generalis est, omnes pœnas complectens: ut has quoque posteriores in eam definitionem includi oporteat. Nam quod postea Tryphoninus in *ead. L. auxilium*, certas quasdam species pœnarum enumerat, ad id genus pertinentes, non ideo facit, quasi velit definitionem in his paucis consistere: sed exemplis utitur, quibus regulam explicet, quam scimus exemplis non restringi. *L.* 1. §. *quod vulgo*, *D. unde vi.* quo modo & Bartolus [12] recte accepit. Et ratio faciat, ut hic quoque pariter ut in superioribus pœnis in integrum restitutio minori denegari debeat. Nam & hic repetit minor pœnam non tam lucri sui caussa, quam furti vindicandi. Et ut hic aliquod lucrum suum quærat: tamen id lucrum, postquam ab eo adversus fidem & remissionem eius captatur, turpe esse incipit. Ad id obtinendum in integrum restitutio concedi non debet: sive quod turpis rei caussa turpiter petitur: sive quod turpis lucri nulla ratio habenda est. Argumentum in *L. Proculus*, *D. de dam. inf.* Ubi pro lucro non habetur id lucrum, quod quis ante faciebat ex re aliena non repugnante domino, simul atque id invito domino captari incipit: scilicet quia quod prius iure capiebatur, incipit mutata domini voluntate iniustum fieri. Sed & quod de iniuriarum actione semel remissa prius diximus, id & de actione furti remissa recte poterit usurpari. Ut enim iniuriarum actio per pactum ipso iure tollitur, sic & furti. *L. si tibi*, §. 1. *D. de pact.* Frustra ergo, certe non sine iniuria adversarii postulatur in integrum restitutio ad furti actionem repetendam, cum non ex restitutione prætoris nascatur, sed ex furto, quod nullum postea ab adversario secutum est. Nam quod dicitur, etiam in lucro minoribus subveniri, *L. ait*, §. *hodie*, *D. de minor.* de non inhonesto lucro accipiendum est, non de turpi: quale hoc est, quod hic petitur, cuius nullam æstimationem esse ante diximus. Ne illud quidem nos movebit, quod minor in hac actione furti remittenda non lucrum tantum omittit incertum: sed actionem rei certæ, quam iam iure sibi quæsitam habebat, amittit: quo maxime nomine in integrum restitutionem competere constat. *L.*

non

11) Et in lucro non restituitur minor, si id in damnum alterius vergat Odd. *P.* 2. *Q.* 89. *Art.* 3. *n.* 22. Io. Petr. Surd *Decis.* 99. *n* 19. *&* 20. qui hinc infert minorem consentientem secundis matris nuptiis, indeque perdentem beneficium *L. fœminæ C. de sec. nupt.* non restitui Et generale est, cuius non interest ex honesta caussa, eius nec interesse quidquam videtur *L.* 11. *& seq. de furt.* Non vero interest minoris, si sævientis animo non satisfiat, cum ad rem familiarem non pertineat *L.* 6 *in fin. de sep. viol.* Nec quid indignius est bono viro quam deletam & obliteratam iniuriam ad animum revocare. Ant. Fab. ad *d L.* 37. Fr de Caldas *in definit.* v. *Læsi n.* 18. Iniuriarum, ait, actio in bonis non esse dicitur vid *supra Lib* 19. *Cap* 1. *n.* 8 *sub fin.* Satisque est minorem nullam pati iacturam patrimonii. Nec, subdit, honoris hic habenda ratio, quasi eius detrimentum incurrerit hac remissione. Quia præstantis & heroici animi est iniuriam remittere Sed hæc animum non explent. Scitum enim est veterem ferendo iniuriam invitari novam. Et ingenui ac constantis animi est honori suo consulere, quem qui negligit, crudelis dicitur. Unde aliter respondet Mauric. *Cap* 150 quod honor hic spectari non debeat, quia persecutio annexam habeat vindictam. Et quia satis honori suo caverit minor eo ipso, dum petendo restitutionem, etsi sine spe obtinendi, animum suum vindicandi honoris sui declaraverit. Sed Odd. *P.* 2 *Q* 89. *Art.* 3. *n.* 22. ad hoc ita respondet. Quia iudicium iniuriarum datur, ad id quod interest iuxta æstimationem iniuriæ: non autem ad hoc, ut qui verbis vel factis honorem læsit, aliquid contra dicat, vel faciat ut notam illam eluat. Cui consequens videtur actione ad Palinodiam omissa vel remissa restitutionem concedendam esse. Quod rationis esse puto.

12) Et Duar. *ad tit. C. si adv. del. fol.* 105. *per L.* 7. *in fin. de serv. export.* Aliud est in pœnis conventionalibus. Nam *d. L.* 37. agit de delictis solum. Duar. *d. loc.* & Ant. Fab. ad *d. L.* 37. Quia ad rem familiarem pertinent, non ad meram ultionem. Et ut plurimum habent vicem eius, quod interest *L. ult. de præt. stip. & simil.*

non omnia, *D. de minorib.* Nam si unaquaeque actio ex eo aestimanda est, quod actione continetur, tantumque quisque actione sibi quaesita habere in bonis intelligitur, quantum ea actione consequi potest: in actione furti habenda non res propria patrimonii nostri versatur, sed lucrum dumtaxat, quod ex re alterius per caussam furti ab eo facti captamus. Quo posito illuc redeo, quod ante dixi, cum post remissam a minore furti actionem id lucrum ab eo repetitum turpe fieri incipiat, non esse eo nomine illi in integrum restitutionem tribuendam. Vere igitur definiemus in universum, adversus persecutiones poenarum semel iure omissas, qualescumque poenae sint, sive criminales, sive civiles & pecuniariae cuiuscumque generis, nullam esse minoribus in integrum restitutionem.

XI. Quinto in eadem caussa habentur nonnullae solutiones, quibus factum sit, ut debitor minoris solvens, quod debebar, ipso iure liberaretur. Nam alioqui debitore per solutionem ipso iure non liberato, de in integrum restitutione quaerendum non est, utpote minori non necessaria. *L. in caussae, 16. D. de minor.* Ut autem debitor minoris solutione liberetur ipso iure, contingit his modis, cum aut tutori curatorive minoris solutum est, aut minori ipsi horum auctoritate, aut sine cuiusquam auctoritate minori & qui curatorem non habuit. Nam & tutores ac curatores in rerum administratione pro dominis habentur. *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tutor.* & cum minoribus adhibita tutoris vel curatoris auctoritate quidvis recte geritur: *L. in negotiis, D. de reg. iuris.* Et adolescens curatorem non habens per se solus omnia recte gerit, etiam ut obligetur. *L. 3. C. de in integr. restitut. minor.* Sed quamvis ita solvens minoris debitor liberetur ipso iure, tamen si ea solutione laesus sit, dum pecuniam solutam postea male consumit aut perdit: placet etiam adversus hanc solutionem in integrum restitui posse; de quo superiore capite diximus. *L. 1. C. si adv. solut.* Hic solutionum species tres exceptae, quas & ipsas ibidem attigimus: nunc singularum exceptionum rationem breviter expediam.

XII. Prima species versatur in reditibus & pensionibus annuis. His tutori vel curatori solutis debitor minoris statim liberatur, & sine alia sententia iudicis consequitur plenissimam securitatem: quo ipso & minori adimitur omnis in integrum restitutio: effectum constitutione Iustiniani, *L. sancimus, 1. C. de adm. tut.* Et recte receptum in hac specie. Nam in his reditibus debitorem isto modo plene liberari, nec exspectari sententiam iudicis, qua iubeatur debitor hos reditus solvere, ipsorum minorum vel maxime interest. Sunt enim hi reditus fere eiusmodi, in quibus consistat victus & alimenta minorum. Expedit igitur minoribus horum redituum solutionem non differri, ut sit semper, unde minores ali possint. Afferetur autem huic solutioni mora, si debitor non aliter secure solvat, quam si sententia iudicis iussus solverit. Sic enim semper solutionem differet, donec ad iudicem ventum sit, & ille pronuntiaverit rem solvi debere. Haec mora cum sit minori damnosa, recte eius morae caussa praecisa est, dum constituitur ad plenissimam securitatem solutionis non esse necesse sententiam iudicis exspectari. Adde, quod in his reditibus cum particulatim solvuntur, de exiguis summis agi solet; quarum in singulis iudicem intervenire non sit sine magna molestia, interdum & damno cum minorum tum debitorum.

XIII. Altera species exceptae solutionis est fideicommissariae hereditatis restitutio. Hereditatem scriptus heres si iussus est minori restituere, & illi tutore aut curatore auctore restituit: etiam hic Iustiniani constitutio est, qua iubet heredem consequi plenissimam securitatem. *L. penul. in princip. C. ad Treb.* Aequissime constitutum, quoniam hoc casu minoris nihil interest, in integrum restitui adversus heredem qui hereditatem restituit. Nam si hereditas lucrosa est, aperte nihil eius interest. Si damnosa propter aes alienum, potest adversus creditores hereditarios, a quibus convenitur, restitui; non debet adversus heredem, a quo nihil est, quod sibi metuat. Sed & laedi aut inquietari eo nomine heredem scriptum eo iniquius est, quod heres fideicommissum restituendo fidem implevit, dum voluntati defuncti paruit.

XIV. Tertia species est, solutionis omnium rerum, quae solvuntur minori, aut tutori curatorive eius ex sententia & iussu iudicis. Adversus solutionem, quam sententia & iussu iudicis praecessit, nulla est in integrum restitutio minoribus, quisquis erit eventus pecuniae solutae: cautum *d. L. sancimus, 1. C. de adm. tutor. §. ultim. Institut. quib. alien. licet.* Adiecimus superiore capite non procul a fine adeo id verum esse, ut quanvis debitor a iudice iussus minori soli solverit; si tamen cum is allegaret minorem

rem esse eum a quo conveniebatur, nihilominus compulsus sit a iudice solvere, æque is solvendo sine metu in integrum restitutionis liberetur: quia nihil sit hoc casu, quod imputetur ei, qui ita solverit sententia Ulpiani in *L. att.* Et recte esset iniquissimum quemquam affici damno ex ea re, quam invitus iure facere cogitur: neque vero id ius concedit. *L. 4. L. apud, §. ultim. D. ad Treb.* Coactus autem, ut dixi, facit, qui sententiæ iudicis iussus iudici obtemperat; quia parere habuit necesse. *L. 4. §. 1. D. de re iud C. quod quis mandato, de reg. iur. in vi.*

XV. Sexto, eodem iure sunt & quædam pignorum distractiones; suis tamen conditionibus. In his species duæ, una pignoris publici, altera pignoris prætorii, quod ex caussa iudicati captum sit, de quibus etiam supra sparsim, ut quisque locus occurrebat, nonnihil attigimus. Publicum pignus nunc voco, prædia publicis pensitationibus obnoxia, quæ ob id fisco pignoris iure tenentur, ut conveniri possint, & nisi tributa, & similia onera publica pensitantur, possint prædia distrahi: quod ius indicatur in *L. 1. D. si prop publ. pens. L. Imperator, D. de publican.* De his ergo ita ius est. Res minorum si ob publicas pensitationes non solutas a fisco distractæ sint, si modo & cessantibus minoribus eorumque tutoribus aut curatoribus & solemniter sint distractæ, in ea caussa est venditio, ut revocari non possit, ac ne minor quidem adversus eam [13] restitui. *L. 1. L. 2. C. si propt. pub pens. L. 1. L. ultim. C. si ad fisc. L. 2. L. ultim. C. de fid. institut. & iur. hast fisc. Lib.* 10. id & publica utilitas exigit, quæ maxime his pensitationibus continetur; & præterea hastæ fiscalis fides, quæ ut est in *L. si hypothecar, C. de remiss. pig.* facile convelli non debet. Pignora autem ex caussa iudicati capta adversus minorem condemnatum, & solemni more distracta, cum pecunia iudicati non solveretur, & ipsa in ea caussa sunt, ut nec a minore per in integrum restitutionem revocari possint, nisi minor magno & enormi damno ex ea venditione affectus sit *L. 1. C. si adv. vend. pig. L. si ex caussa,* in prin. *D. de min.* de qua specie satis supra a me dictum est, cum in minore læso hoc quæreremus, quantum damnum esse oporteret, propter quod læsus minor possit desiderare in integrum restitutionem.

XVI. Septimo, interdum & res adversus minorem iudicata restitutionem excludit. Quod duabus in caussis accidit: in re pro libertate iudicata, & re semel iudicata adversus in integrum restitutionem. Sententia pro libertate dicta, non qua pronuntietur libertatem dandam esse; sed libertatem competere, idest, liberum esse eum, qui servus dicebatur; hæc, inquam, sententia, ut superiore capite diximus, ius facit, ut qui liber pronuntiatus est, sit liber, atque adeo fiat liber, si prius non fuerit. *L. ingenuum, D. de stat. hom.* Quo efficitur id, quod traditur in *L. ult. C. si advers. lib.* huiusmodi sententiam sine appellatione nec prærogativa minoris talis rescindi posse; ne scilicet rescindatur & libertas, adversus quam nulla est restitutio. In caussa quoque restitutionis in integrum, si cum ea postulata esset a minore, res adversus eum iudicata sit denegata ei restitutione; placet minorem victum frustra adversus eam sententiam iterum in integrum restitutionem [14] desiderare. *L. 1. C. si sæp. in integ. rest. post.* Idque est, quod dicitur sæpius in integrum restitutionem de eadem re postulari non posse, in quæ verba est ille Titulus *C. si sæp. in integ. restit. post.* &, in una eademque iteratum in integrum restitutionis auxilium non iure posci, quæ definitio est *L. ult. C. eod. tit.*

XVII. Sed additur hæc exceptio, nisi novæ defensiones in posteriore postulatione afferantur, propter quas minor de eadem re in integrum restitui iterum postulet. *L. 2. L. ultim. C. eod.* Et recte: sic enim fit, ut non videatur postulari restitutio sæpius de eadem re: quoniam diversæ agendi caussæ diversas res constituunt. *L. & an eadem, D. de re iud.*

XVIII. Hoc igitur superest minori, cui semel

13) Elbert Leonin. 3 *Emend* 3. *n* 15. ratio, inquit, hic non in solemnitate & firmitudine hastæ fiscalis. Nam & contra pignoris venditionem restitutio ad quam, ut perveniatur multis solemnibus opus est. Sed quia de debito publico & favorabili agitur, cui res ipsa obnoxia est *L. 7. de publican.*

14) Alias res abiret in infinitum, ac modus restitutionis nullus esset, Duar. *ad d. t. C. si sæpius* Non obstat *L. 7 § 9 h. t.* Loquitur enim non de eo cui negata restitutio. sed qui optinuit eam & deinde pœnituit, ubi quasi contra restitutionem restituitur, vid *supra Cap. prox eod. sub fin.* Et pertinere hoc quoque ad restitutiones maiorum, vult Mudæ. *ad d. t. C* Quia ratio, ait, communis, quod beneficium restitutionis per se debilius, quam ut pluries in eadem caussa peti possit. Sicuti enim actiones prætoriæ, non perpetuæ, ut civiles, sed annales ferme: ita & has restitutiones voluit prætor restringere non tempore solum, sed & numero. Novæ autem defensiones, etiam quæ suberant tempore petitæ restitutionis, tunc non propositæ, Mudæ. ad *L. 2. & 3 C. d tit.* Qua hic contra omissionem allegationis restitutio, Caldas *in defens. v. implorandum n.* 35. Qui hac de re fusius *n.* 31 *& seqq.* & Mauric. *Cap.* 131. *& seq. & C.* 257. *& seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 16.

semel in integrum restitutio denegata est, ut si vult sententiam sibi non nocere, appellet: quod est remedium adversus iniquitatem sententiæ omnibus proditum. *L. 1. D. de app.* Quid ergo si minor non appellet intra tempora constituta? Placebat olim etiam minorem iure ipso ab appellatione excludi, atque in præscriptionem temporalem, quæ intra tempus non appellanti obiicitur, adversus eum currere. Sed & illud placebat eum in integrum restitui posse ad appellandum, ut quod negligentia aut imperitia sua amiserat, id ei restitueretur, sed solum: quod ius exstat in *L. 1. C. si sæp. in integ. rest. post.* Hodie cum ita Iustinianus constituerit, præscriptiones in universum adversus minores ipso iure non currere, in quibus caussis vetera iura concedebant eas adversus minores currere, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant. *L. ult. C. in quib. cauf. in integ. restit. necess. non est.* & appareat superiorem præscriptionem in eo numero esse: intelligemus ius de ea superius esse emendatum, & minori rem huc redire, ut denegata ei per sententiam in integrum restitutione, quandiu minor est, ius habeat ab ea sententia appellandi, neque tempore appellationi præstituto excludatur. Solum hoc tempus adversus eum cedere incipiet ex quo maior annis factus erit. Itaque tum providebit, ut appellet: quod nisi facit, pariter & ab appellatione & ab in integrum restitutione excluditur.

XIX. Octavo, etiam hæc species hereditatis repudiatæ in integrum restitutionem non admittit. Nam si minor delatam sibi hereditatem omiserit, vel repudiaverit, eamque substitutus aut sequens heres adierit: de hac specie ita scriptum est in *L. quod si minor, §. Scevola. D. de min.* ut si quidem adhuc omnia in integro sint: minor in integrum restitutionem postulans omnimodo audiendus sit: si vero iam distracta hereditate & negotiis finitis ad paratam laboribus sequentis heredis pecuniam veniat, sit repellendus. Hoc tamen ita, nisi qui omisit hereditatem, sit ex suis heredibus. Huic enim si forte adhuc eo in minori ætate constituto res venditæ sint, Iustinianus in integrum restitutionem dedit, in *L. ult.* in fin. *C. de repud. hered.*

XX. Nono & postremo, ipsa quantitas rei propter quam in integrum restitutio postulatur, interdum hanc ipsam exclu-dit. Id receptum est, cum ob minimam rem vel summam postulat minor in integrum restitui, ita, ut maiori rei vel summæ præiudicetur. Extat definitio in hæc verba in *L. scio, D. de in integr. rest.* Exempla hæc sunt, ut recte eum locum accepisse mihi videtur [15] Accursius. Grex minori venditus est pretio in universa capita constituto. Reperiuntur in eo grege duo aut tria capita morbosa. Hæc sola redhibere postulat minor & alia idonea; aut idoneorum trium pretium recipere retentis cæteris capitibus. Hoc si postularet maior annis, non audiretur, nisi totus grex redhiberetur: quia una venditio est, & venditor una capita sine aliis venditurus non esset. *L. cum eiusdem, D. de evict.* Sic fit, ut & minor emptor isto iure, quod ius commune est, excludatur. Quæritur ergo, an iure communi exclusus, recte restitui desideret, ut capita ista tria sola redhibeantur. Dicemus non audiendum, qui ob minimas illas res restitui postulans emptioni totius gregis præiudicium faciat; dum eam ex parte rescindi vult, quæ aut tota rescindi debuit, aut tota valere. Item latifundium minori venditum est, in quo variæ partes fuerunt, ut agri, prata, silvæ, vinea, saliceta, & totum latifundium venditum pretio in singulas partes constituto; sic tamen, ut venditor unam sine alia venditurus non esset, aut minor non esset empturus. Est in his partibus aliqua, quæ pluris vendita est iusto pretio, ac propter eam summam se minor restitui postulat, ut ea parte reddita pretium, quod pro ea dedit, recipiat. Negabimus ei in integrum restitutionem dandam; quia ob minimam summam restitui velit ita, ut præiudicet venditioni totius fundi, qui nisi omnibus partibus simul emptis venditus non esset. Ac tot sunt species rerum, quæ restitutionem excludunt minoribus, quanvis in his maxime proponantur solo errore aut infirmitate ætatis læsi.

XXI. Est, ut dixi, interdum, cum hanc excludat persona eius, adversus quem postulatur restitutio. In hoc munere tres sunt, minor, parens, patronus, patronave. Minori læso adversus minorem læsum nulla in integrum restitutio est. Verbi gratia, inquit Ulpianus: *minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit: melior est caussa secundum Pomponium eius, qui accepit, & vel dilapidavit, vel perdidit:* hoc ille in *L. verum, §. penult. D. de minor.* con-

15) Et Baro ad *d. L. 4.* ac Fr. de Caldas *in definit. v. læsi n. 79.* si pluribus rebus venditis, læsio in una tantum, eaque parva habito respectu ad rem vel quantitatem amittendam, si a toto contractu discedatur, vid. *supra Cap. 9. n. 12. N. 11.*

congruit *L. si minor*, 34. *eod.* Nempe hoc est: læsus est uterque in hac specie qui pecuniam dedit, id amittendo, quod habuit: qui accepit, sese obligando ei oneri, quod non suscipere licuit, nec locupletior inde factus est. *L. non omnia*, *D. de minor.* Sed melior est caussa eius, qui accepit: quippe is in hac specie reus est, a quo pecunia repetitur. Semper autem in pari caussa potior est caussa possidentis, & eius cum quo agitur. [16] *L. in pari. L. favorabiliores*, *D. de regu. iur. L. si servum*, *§. sequitur*, in fin. *D. de verb. obligat.* Id autem procedet hoc modo. Nam qui pecuniam dedit, eam repetet ab eo qui accepit: & recte repetet iure communi, quia repetet ab obligato. Hic conventus si se teneri non vult, necesse habet petere in integrum restitutionem, ut obligatione, qua se obstrinxerat, liberetur. Finge petiisse. Eveniet iam, ut qui pecuniam dedit, si se adversus hanc postulationem tueri velit, necesse habeat contra & ipse in integrum restitutionem postulare, ut sibi petere liceat, quod sine in integrum restitutione petere non potuit ab eo, qui beneficio prætoris nihil debuit. In hoc conflictu hoc dicimus, potiorem futurum eum a quo pecunia petitur, quam amisit, ut actori adversus hunc nulla sit restitutio in integrum. Sed sola est ætas eius cum quo agitur, quæ minori adversus hunc agenti in integrum restitutionem excludit. Quodvis aliud beneficium rei quo fit, ut is iure communi non teneatur, non excludet. Duo sunt, qui huiusmodi beneficium Iure proditum habent: filiusfamilias in pecunia sibi credita, ex senatusconsulto Macedoniano, & mulier pro alio intercedens, ex senatusconsulto Velleiano. Dederit ergo minor mutuam pecuniam filiofamilias. Si filiusfamilias conventus exceptione senatusconsulti utatur, recte minor postulabit in integrum restitui adversus exceptionem: ut hic [17] magis ætatis, quam senatusconsulti ratio habeatur: hoc in *d. L. verum*, *§. ult. D. de min.* Idem placet, si mulier pro debitore minoris apud minorem intercesserit translata in se per novationem debitoris obligatione. Hic si vetus debitor solvendo est, non datur minori in mulierem actio, quia hoc casu res minori salva est, cui in priorem illum debitorem iure communi actio restituitur. Quod si is debitor solvendo non est, mulier non utetur auxilio senatusconsulti; parata scilicet ei in integrum restitutione adversus exceptionem senatusconsulto comparatam: hoc in *L. si apud*, 12. *D. de min.*

XXII. De parentibus & patronis exstat Iustiniani constitutio in *L. ult. C. qui & adv. quos in integr. restit. non poss.* qua reiectis in hac re veterum variis distinctionibus de in integrum restitutione adversus hos danda, sine exceptione cavet in hæc verba: *ut maneat in omnibus honor parentibus, & patrono vel patronæ illibatus atque intactus: sancimus nullo modo neque adversus parentes utriusque sexus, neque adversus patronum vel patronam dari restitutionem;* & addit rationem: *nam personarum reverentia*, inquit, *omnem eis excludit restitutionem: cum procul dubio sit etiam ipsas personas cavere, ne quid suæ opinioni contrarium exsistat.* Quæ pars constitutionis etsi per se satis aperte omnem in integrum restitutionem liberis & libertis sine ulla exceptione adimit: tamen Iustinianus varias distinctiones veterum, quas præmiserat, in hac re removens, multo apertius declarat hoc se sentire, sic se minoribus adversus parentes vel patronum denegare in integrum restitutionem, non solum si minor se dicat circumscriptum dolo patris vel patroni, quæ intentio aperte existimationem eorum lædit; sed etiam si dolum omnem a patre vel patrono removens solum se sua simplicitate captum esse dicat: nam hac conditione quidam ex veteribus minori adversus superiores personas restitutionem dabant. Quod Iustinianus repudians declarat se in hunc quoque casum restitutionem adversus parentem, & patronum denegare. Et recte: est enim & hoc huiusmodi, quo læditur non parum eorum existimatio, violeturque reverentia ipsis debita. Nam si ignoravit pater errare filium & lædi, ubi manifesta læsio est, arguitur pater stultitiæ & imperitiæ: si scivit, & dissimulavit, arguitur manifestæ improbitatis, qui sciens prudens passus sit filium decipi, & in damnum incidere, cui potius consulere, a quo omnem iniuriam atque adeo omnem offensionem arcere debebat. Declarat & illud Iustinianus nihil interesse, utrum exigua

in

16) *L. 6. princ. de excus. tut.* Secus si unus solus captus vel de damno certet *d. §. pen.* Caldas *in defin. v. laps n.* 169. Neque tunc obstat regula privilegiatus contra privilegiatum &c. Nam minor qua minor nisi etiam læsus sit, non habet hoc privilegium. Ergo inspiciendum uter sit captus, quia is solus privilegiatus Ant. Fab. ad *d. L.* 11. *§. pen.* add. Odd. *P.* 1. *Q.* 18. *Art.* 4. *&* *seqq.*

17) Quia SC. non tam in favorem filiifamilias quam odium creditorum, Duar. *h. t. D. fol.* 87. *sub fin.* Et ætatis favor habet æquitatem naturalem *L. 1. h. t.* Senatusconsulti civilem. Nec peccat minor contra SC. credens filiofamilias quia ius civile impune ignorat, Ant. Fab. ad *d. L.* 11. *§. ult.* add. Odd. *P.* 1. *Q.* 18. *Artic.* 7.

in re se læsum esse minor dicat, an magna: nihil, utrum patris, patronive honesta persona sit, an vilis. Nam & hæc erant in hac re quorumdam veterum distinctiones: quas ille removens ostendit, nec si magna & insignis læsio esse dicatur, nec si patris vilis sit persona, eo magis se concedere minori in integrum restitutionem. Recte hoc quoque nam quo maiore damno affectus esse dicitur a patre vel patrono minor, eo crimen intenditur gravius: quo etiam magis læditur eorum existimatio. Qualescumque autem parentes sint, semper parentes sunt tamen: *una est* autem, inquit Paulus, *omnibus parentibus servanda reverentia* L. parentes, *D. de in ius voc.* Ita in summa adversus parentes, patronum, patronam sine exceptione in integrum restitutionem dari vetat.

XXIII. Etsi autem cum ad hanc sanctionem ventum est, Iustinianus nihil adiicit; tamen intelligendum omnino est hoc sic accipiendum esse, dummodo adversus hos in integrum restitutio postuletur in ea re, quam cum filio aut libertis gesserint, seu in qua cum filio aut libertis versati sint. Desunt quidem verba: sed hanc sententiam esse Iustiniani & quæstio ab eo proposita, & ratio sanctioni subiecta satis probat. Quæstio hæc fuit: *apud veteres*, inquit, *dubitabatur, an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent, quasi non rite in eos versatos*. Cumque præmisisset, quæ de eo veterum sententiæ essent, tandem his repudiatis, subiecit, quid sibi placeret, his verbis: *sed sancimus nullo modo neque adversus patronum, vel patronam dari restitutionem*. Quod certe sic accipiendum est, non dari in dubitatione proposita, id est, non dari in eos tanquam non rite versatos adversus liberos aut libertos; ut responsio quanvis simplex & infinita ad quæstionem interrogationemve accommodetur, eique subserviat, eoque & intra fines eius concludatur: sicut faciendum esse idem Iustinianus docet sub exemplo stipulationis in *§. præterea, Inst. de inut. stip.* Ratio autem denegandæ adversus parentes & patronos restitutionis ab illo hæc [18] redditur, ne quid fiat contra reverentiam eis debitam, & ut his suus maneat illibatus honos. Atqui restitutione in integrum postulata non læditur reverentia patri debita, si postulatur restitutio in eo, quod pater cum filio non gesserit, & in quo pater dici non possit filium læsisse. Ratio igitur hoc efficit, ut tunc solum adversus parentes vel patronos denegari debeat restitutio, cum adversus eos agetur de eo, in quo ipsi cum liberis aut libertis versati sint, seu quod ipsi cum liberis aut libertis gesserint, in quo solo cum rescindi postulatur, lædi potest reverentia superioribus personis debita.

XXIV. Ergo horum si quid desit, ut vel adversus parentem, patronumve non postuletur restitutio in integrum: vel postuletur quidem, sed non ex eo, quod quidquam pater cum filio, patronus cum liberto gesserit; utroque modo fiet, ut sit locus restitutioni. Sit ergo is minor, qui postulet restitui adversus alium quam parentem, quanvis forte postulet adversus factum patris; non tamen inhibebitur restitutio. Exemplum in *L. 2. C. si adv. don.* quod tale est. Pater filii minoris emancipati bona quædam extraneo donavit voluntate & consensu filii. Illic scriptum est, filium adversus donatarium auxilium restitutionis implorare posse. Id non mutatur superiore constitutione Iustiniani quia etsi hic agitur de facto patris, non tamen postulatur restitutio adversus patrem, ac nec restitutio patrem offendit, qui re donata evicta nequaquam ob id donatario tenetur. *L. Aristo, §. ult. D. de don.* Non idem [19] diceremus, si pater res filii minoris vendidisset voluntate filii. Non enim hic posset minor adversus extraneum emptorem restitui, quin vi ipsa restitueretur adversus patrem: propterea quod emptor re a filio evicta regressum haberet de evictione adversus patrem qui vendidit: quod cum sit, aperte is adversus quem regressus est, alia ratione, nempe obliqua via, convenitur. *L. si quis reum, D. de lib. leg. L. quod dictum, D. de pact.* Rursum sit filius, qui postulet in integrum restitutionem adversus patrem quidem; sed de eo, quod pater seorsim a filio gesserit, & in quo filium nec læserit ab initio, nec lædere potuerit. Dicemus ne hic quidem quidquam impedimento esse, quominus ex sententia superioris constitutionis filius restitutionem etiam adversus patrem impetret: quia id fiat salva patris reverentia & existimatione. Exemplum appositum in *L. ult. §. sin autem in secunda. C. de bon. quæ lib.* Id tale est. Filius-

18) Non habet hoc aliam rationem quam reverentiam &c. Nec ad alios liberos pertinet quam emancipatos per *L. 8. de in ius voc.* A. Fab. ad *L. 1. §. 5. h. t.* Et procedit in omnibus ascendentibus, quibus debita reverentia, Caldas *in defanit. v. læsio n.* 155. vid. & Mudæ. ad *L. 2. C. qui & ad quos*, Mauric. *Cap* 224. Odd. *P. 1. Q.* 18. *Art.* 1 2. 3. Bron 1. *Ass* 61.

19) Diss. Odd *P. 1. Q.* 16. *Artic.* 1. *n.* 12. quia regressus contra patrem datur actione ordinaria, quæ neutiquam prohibita, modo non sit famosa; *L. 5. Cod. de dolo.*

liusfamilias adolescens minor scriptus ab extraneo heres delatam hereditatem iussus a patre adire, repudiavit: quod illi a Iustiniano facere concessum est. Pater, quod item illi ibidem conceditur, repudiatam a filio hereditatem adivit, ut iam pleno iure sibi quaesitam haberet. Quid, si mutata voluntate filius adversus patrem restitui postulet, ut sibi hereditatem prius repudiatam nunc adire & ad se transferre liceat? Et Iustinianus eodem loco illi in integrum restitutionem dedit. An dicemus id emendatum superiore constitutione, de qua agimus? Minime: non ideo solum quod eiusdem temporis constitutiones sunt, *L. ult C. qui & adv. quos in integ. rest. non poss.* & *L. ult. §. sin autem, C. de bon. quae lib.* (sunt enim sine subscriptione quidem, in qua tempus missae constitutionis notari solebat; sed ambae ad Ioannem P. P.) verumetiam, & quidem multo certiore ratione, quod in specie proposita, in qua nihil gessit pater cum filio, cum filius adversus patrem restitui postulat ad adeundam hereditatem, non modo eo facto non laeditur patris existimatio, aut reverentia ei debita, quasi qui repudiatam a filio hereditatem male adierit: sed etiam in eo magnopere commendatur pietas & vigilantia patris, qui omissam iuvenili levitate a filio hereditatem perire passus non sit, sed eam adiens sibi & suis servarit, ut quandoque etiam ad hunc ipsum filium posset redire. In quo cum appareat nihil fieri adversus superiorem constitutionem, qua Iustinianus denegat filio in integrum restitutionem contra patrem, ne offendatur reverentia ei debita: perspicuum & illud est, ea constitutione in hac specie, & si quae sunt similes, restitutionem etiam adversus patrem filio non denegari.

XXV. Quod si duo haec concurrent in facto patris, ut postuletur in integrum restitutio & adversus patrem, & in ea re quam pater cum filio gesserit: sine exceptione dicemus superiore constitutione denegari filio in integrum restitutionem: itemque liberto in eadem caussa adversus patronum patronamve. Ex quo intelligimus ea constitutione [20] recessum esse a *L. 2. C. si adv. rem iud* Illic haec species proponitur: Pater adversus filiam minorem annis egerat notione praetoria, ut sibi eam ducere liceret, quod eam in sua potestate esse, minimeque emancipationem a se factam habere diceret. Proconsul super caussa cognoscens filiam potestati patris subiectam pronuntiaverat. Placet eo rescripto filiam adversus eam sententiam in integrum restitui posse: nempe adversus patrem, pro quo ea sententia lata erat. Dicemus hodie ex superiore constitutione Iustiniani filiae in hac caussa restitutionem in integrum denegandam: non solum quia postuletur adversus patrem, quod verba constitutionis prohibent: sed etiam quia detur ad infringendum id quod pater cum filia gesserit, & quidem male gesserit, si restitutio admittatur Egerat enim pater iudicio cum filia, & falso dixerat filiam non esse sui iuris, si verum est id, quod nunc dicit filia, & quamobrem se in integrum restitui postulat: quod iam & verba & sententia superioris constitutionis prohibent. Nec quidquam hic proderit filiae, quod postulat in integrum restitutionem adversus rem iudicatam, id est, adversus factum iudicis. Nam & simul postulat adversus patrem, sed & adversus factum patris, qui iudicio agendo consecutus est, ut filia ita condemnaretur, quod perinde habetur, quasi ipse condemnasset. Qua ratione factum est, ut & actor dicatur condemnare reum, dum facit agendo, ut reus condemnetur: sic loquitur Ulpianus in *L. furti, §. mandati, D. de his qui not. inf.*

XXVI. Quid ergo, si pater cum filio quid gesserit, & gesserit dolo malo? An erit impune, & patri malitia sua erit lucrosa, contra certam iuris & aequitatis rationem? *L. 1. D. de dol.* Minime vero erit: esset enim iniquissimum, non tam deceptis deesse auxilium, quam decipientibus hanc constitutionem suffragari: quod iura omnia aversantur. *L. 2. §. 1. D. ad Velleian.* Sed non erit in eam rem restitutio in integrum, quam Iustinianus sine exceptione denegat. Erit pro actione de dolo actio in factum verbis temperata, ut detrahatur doli verbum, & bonae fidei men-

20) Consentit Duar. *ad tit. C. si adv rem iudic. f. 44, & ad d. L. ult. C. qui & adv. quos*, quia *d. L. ult.* sit una ex 50. decisionibus, Codici repetitae praelectionis insertis. Fr de Caldas *in definit. v. tesii n* 155 reprobat eos qui, in *d. L. 2.* specialem casum esse volunt in caussa litus, quia & hic generali rationi reverentiae locus est. Item eos qui adversus sententiam iudicis potius quam factum patris restitui. Quia etiam eo casu pater laeditur. Sed Mudae ad *d. L. 2. C. si adv. rem iudic.* correctam esse eam legem non admittit. Placet ei, quod non ibi restituatur adversus patrem, vel quidquam quod gessit pater, sed adversus sententiam, quae est iudicis, dictam super lite patris, quae adhuc permanet, & de qua iterum cognoscetur restitutorio iudicio. Idem ad *L. ult. C. qui & adv. quos*. Non conqueritur filius in *d. L. 2* quod pater in re male versatus sit, nec quod non caverit, ne laederetur filius, quia hoc iudicis fuit. De cuius iniquitate si conqueri non licet, filius erroris sui veniam deprecabitur, quod caussam non satis exacte egerit, non vero dolum arguet patris. Et convenit Mantic. *Cap.* 224. n. 8.

mentio fiat: ne ex dolo suo pater lucretur [21] *L. non debet*, & *L.* seq. *D. de dol. L. si superstite, C. eod.*

XXVII. Ut cætera admittant in integrum restitutionem, res dico, de qua agitur, & persona adversarii; nonnunquam factum ipsum minoris eam excludit. Huius generis facta tria sunt, quæ ordine rei cum minore gestæ non male distinguantur. Nam quod de his in isto ordine observare liceat, quoddam rem gestam præcedit; quoddam sequitur & sæpe multo post; quoddam intervenit in re gerenda, aut certe in continenti adhibetur. Dixi autem quoddam, non quædam, quia horum unumquodque in suo genere unum est, & unius modi, non plura.

XXVIII. Quod factum rem cum minore gestam præcedens restitutionem in ea re excludit, hoc est, cum minor rite impetravit veniam ætatis, ut sibi committeretur rerum suarum administratio: de qua specie est peculiaris Titulus *C. de his qui veniam ætatis impetraverunt*. Hæc venia impetrata hanc vim habet, ut qui hanc impetravit, etsi ætate minor est re vera, tamen impedimento ætatis summoto quod liberæ administrationi obstabat, deinceps in rerum suarum administratione pro maiore habeatur. Et talem placuit talem haberi ex parte, non per omnia. Hactenus habetur, ut in rebus ab eo gestis quæ ipso iure valent, etiamsi minus idonee rem suam administrarit, non possit impetrare in integrum restitutionem: & hoc, ut est in *L.* 1. *C.* eod. *ne qui cum eo contrahunt, principali auctoritate* (a qua est hæc venia) *circumscripti esse videantur*. In eo non habetur pro maiore, si agatur [22] de prædiis eius alienandis aut pignori obligandis. Nam a maiore si hæc alienata essent, consisteret alienatio sine ullo decreto magistratus. In minore etiam qui veniam ætatis impetravit, constitutione Iustiniani hoc effectum, ne possit prædia sine decreto alienare, aut hypothecæ obligare, non magis, quam quivis alius minor, qui eandem veniam non impetravit: sed sit in ea parte similis conditio minorum omnium, sive præstita sit (sic enim malim, quam petita) sive non præstita ætatis venia: extat hæc constitutio in *L.* 3. *C. de his qui veni. æt. impetra*. Sed quamcumque vim huic impetrationi tributam volumus, semper ipsam veniam rite & ut iure concessum est, impetratam esse oportet: alioqui nulla sit venia, quæ contra ius data fuerit. *L. non dubium, C. de legib.* Huic rei forma data est a Constantino in *L.* 2. *C. de his qui veni. æta. imp.* In ea forma in summa tria hæc spectanda sunt: ætas eius qui veniam ætatis postulat; is a quo impetratur; & impetrandi caussa. Ætati non cuilibet hæc venia conceditur, quæcunque proponatur esse minoris prudentia & sagacitas. Conceditur solum in masculis quidem, iis qui vicesimum annum impleverunt; in fœminis autem, iis quæ impleverunt decimum octavum annum. A quo venia ætatis impetretur, solus est princeps. Magistratui nulli datum, ut hanc tribuat: multo minus privatis. [23] *L.* 1. *L.* 2 *L.* 3. *C. ead. titu.* Sed nec princeps statim

mino-

21) Sed Duar. ad *L. ult. C. Qui & adv. quos.* has quoque LL. correctas esse statuit, cum Iustinianus voluerit consulere honori parentum. Nec refert an per actionem filius restituatur contra patrem, an per cognitionem prætoris, quia certe *d. L. ult.* negat restitutionem, etsi doli mentio non fiat. Et Ant. Fab. ad *L.* 3. §. 5. *hoc tit.* Verum recte noster & Gilbert. Reg. 1. *Enant.* 15. *d. L. ult.* accipiendam de restitutione ex clausula de ætate. Olim autem restitutionem ex capite ætatis quoque præstitam fuisse, sed bonæ fidei facta mentione, indicio est *L.* 27 §. *ult. h. t.* Ubi verba extrema *nisi &c.* Tribonianum adiecisse mihi quoque probabile videtur, ut Cuiac. ad *L.* 11. *h. t.* Ant. Fab. *ad d.* §. *ult.* & Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 7. *n.* 5 Sed num restitutio alterius generis quæ & maioribus datur, contra patrem conceditur? Affirmat Old. *P.* 1 *Q.* 18. *Art.* 3. Caldas *in defens. verb. tasis n.* 158. Mudæ. ad *d. L. ult.* Quia in illis plerumque uterque suo iure uti & niti potest, absque nota sinistræ suspicionis. Ut si bona fide rem filii absentis usucepit pater. At in restitutione ex capite ætatis non manet illibatus honor patris, etsi non dolo se lapsum dicat filius, si factum sic designetur, ut inde facile quis doli notam capere possit. Quod si aliqua species in restitutione maiorum, in qua eædem denegandi rationes, ubi scilicet non maneret inviolatus honor parentis, in ea aliter dicendum. Mudæ. *d. loc.* Cæterum novo iure filiæ datur restitutio contra matrem tutricem, quæ secundo nupsit. *Nov.* 155 *Cap.* 1.

22) Mauric. *Cap.* 225. *n.* 4. Gomez 2. *Resol.* 14. *n.* 12. Et ubi lis est, de prædio vel possessione rei immobilis, non potest hic minor rem in iudicium deducere sine curatore. Duar. *ad h. t. C.* etsi alias ita a curatoris potestate liberatus rationes ab eo exigere possit, Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 12. *n.* 14 Sed nec Lex pœnalis loquens de maiore locum habet in hoc minore veniam ætatis indepto, ac ita maiore repræsentato Cagnol. in *L. si quis maior* 41. *Cod. de transact. n.* 40. inferens decisionem *d. L.* 41. in hoc non obtinere.

23) *L.* 3 *princ. D. h. t.* Est hoc igitur de reservatis principi. Peregrin. Iannin. *de Cesar. resti. Lib.* 1 *Cap.* 1. *n.* 172. Mauric. *Cap.* 225. *n.* 2 Azo *in summa C. h. t. n.* 6. Turamin ad *L.* 9 *de L. . n.* 11. Gœd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 2. & *n.* 19 & 20. Tametsi Cagnol in *L.* 3. *de iurisdict. n.* 280 Senatum quoque hanc auctoritatem fuisse contendat, quod Turamino displicet, ac recte. Ætatis enim modus publica legis auctoritate præscriptus ab alio mutari nequit. Gœd. *d. n.* 20 Sine ea *Nov. Leonis* 28. cuiusvis loci magistratus hanc recte concedit. Et necessaria est præsentia *d. L.* 2. *pr.* ibi *ipsi per se*, ut possit fieri iudicium morum & prudentiæ Duar. *ad d. t. C.* Formula huius est apud Cassiodor. 7. *Varian.* 41 ubi dicitur capi beneficio regio potior annis ætas. Sed num adversus ipsam veniæ impetrationem restitui poterit. Duar *ibid.* non nisi ea gravi caussa, quæ solemnia intervenire nec esse est, & non nisi caussa cognita conceditur, prævio examine vitæ & morum inquisitione Gœdd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 2 & 4. negat restitutionem, quia impetratione hac negotium, cum alio minor non gesserit. At immo non requiritur gestum inter duos ut restitutioni locus sit, vid. *supra Cap.* 8 Unde & DD vulgo affirmant, quos sequitur Fr. de Caldas *in defens. v. tasis n.* 86 & *seq.* quia & sententia qua falso maior iudicatus non nocet minori *L. ult.* Cod.

minoribus superiore ætate qui sint, veniam ætatis quanvis desiderantibus concedit. Caussam cur tribuat, iustam subesse oportet. Caussa iusta est, si proponatur idoneus esse ad res suas bene gerendas. Quam ad rem duo spectantur, solertia mentis, & morum ac vitæ præcedentis honestas. Quæ omnia una cum ætate superiore probari oportet a minore, qui veniam ætatis postulat. Probantur autem omnia testibus idoneis advocatis, qui de his rebus testificentur: ætas maxime instrumentis. Transigitur autem hæc probatio non apud principem, sed apud summum magistratum, cuius iurisdictioni subiectus est, qui veniam ætatis desiderat. Re autem probata, defertur testimonium literis actorum comprehensum ad principem, qui fidem probationis secutus veniam concedit: hæc, inquam, in *d. L.* 2. *C. eod.*

XXIX. Secundum illud factum minoris, quod rem cum minore gestam ex intervallo secutum contrario superiori ordine restitutionem excludit, & ipsum item unum est. 24 Id autem est, cum quod quis minor gessit, maior factus comprobavit, seu ratum habuit. Hæc, inquam, comprobatio & ratihabitio rei ante gestæ omnem in integrum restitutionem summovet. *L.* 3. *§.* 1. *D. de minor. toto tit. C. si mai. fact. rat. hab.* Merito. Nam primum nihil interest, utrum quis quid gerat, an gestum sua voluntate confirmet. In proposito autem qui ante gestum comprobando confirmat, maior est. Proinde ab eo comprobatum tanquam a maiore gestum, sic habendum est: quam ob caussam & ad auxilium huius edicti non pertinet. *d. L.* 3. *§. sed utrum, de min.* Obstat præterea & hoc comprobanti, quod qui prius a se gestum ratum habet, eo ipso hoc dicere & pacisci intelligitur, nihil se postea adversus id facturum, quo rescindatur: quoniam contraria sunt quid ratum habere, & id rescindi velle. Omnis autem conventio quanvis ex intervallo interposita reo exceptionem parit. *L. iurisgentium, §. sed cum nullo, D. de pact. L. in bonæ, C. eod.* Quocirca reus adversus quem in integrum restitutio postulabitur postea, hac exceptione totius omnem eam intentionem iure removebit. Comprobari prius factum potest non tantum verbis, sed etiam re aliqua & facto, quod eiusdem voluntatis indicium habeat: quomodo & recusari hereditatem, & societatem contrahi, & convenire posse alibi traditur. *L. recusari, D. de acq. her. L.* 4. *D. pro soc. L.* 2. *D. de pact.*

XXX. Huiusmodi factum in hac comprobatione est, si quid tale secutum sit, quo maior factus idem velle, quod prius intelligatur. Quale hoc est, de quo Papinianus respondit in *L. si filius,* 30. *D. de min.* Filius emancipatus testamento patris præteritus bonorum possessionem contra tabulas aut repudiaverat, aut intra statutum tempus non petierat: quo facto testamentum patris confirmarat. Unde & minori parata in integrum restitutio, ut ei bonorum possessionem contra tabulas petere liceat. Si maior factus legatum ex testamento patris petat, *repudiatum,* inquit Papinianus, *beneficium prætoris* intelligitur, & quidem ita, ut si post inchoatam restitutionis quæstionem id fecerit, liti renuntiasse videatur. Nempe ideo, quia hac electione maior factus iudicium defuncti comprobavit, id ipsum quod prius fecerat. Hinc nata quæstio de hac specie. Minor viginti quinque annis miscuerat se paternæ hereditati, aut alienam hereditatem adierat. Maior factus perseveravit in rerum hereditariarum administratione, puta exegit aliquid a debitoribus hereditariis, aut res aliquas hereditarias distraxit. Desiderat postea in integrum restitui, quo magis sibi liceat abstinere paterna hereditate aut extraneam repudiare. Quæritur, an sit audiendus. Quæstio tractata ab Ulpiano in *L.* 3. *§. scio, D de min.* Quæstio in eo est, an his factis videatur maior factus agnitionem præcedentem comprobasse: qui si non comprobavit, restitutioni locus est: si comprobavit, cessat restitutio. Quod Ulpianus indicans subiicit ad caussam ambigendi, maiori isti qui superiora fecisset, restitutionem desideranti contradictum, quasi maior factus comprobasset, quod minori placuit. Et respondet ipse in hæc verba: *putavimus autem* (hunc

mi. se mai Ergo nec hic obstet prævia inquisitio. Sed & restitutionem hanc prodesse ad omnes contractus post veniæ concessionem gestos rescindendos statuit Caldas; atque hoc differre a renunciatione, qua sibi tantum consulit, quoad postea gerendos. Sed hoc periniquum est, quomodo contrahens cum hoc minore, legis vel principis auctoritate indigne deciperetur. Æquius itaque contractus interim celebratos non infringi, quod firmat Mauric. *Cap.* 226 *n.* 4 Odd. *P.* 1. *Q.* 22. *Art.* 10. *n.* 46.

24) Est & alius titulus *C. si mai. fact. al. rat. hab. Lib.* [illegible] *tit.* 74. Qui differunt. Ille noster de contractibus iure validis, qui per restitutionem infringi possunt. Hic de ipso iure nullis, Duar. *ad d. tit. C. si mai. fact. rat. Lib.* 2. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15 *n.* 107. *& seq.* Octav. Simoncell. *de Decret. & solemn. in contract. minor. Lib.* 3. *Tit.* 9. *n.* 1. De hac comprobatione pluribus Menoch. *d. Remed.* 15. *n.* 110. *& seqq.* Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 11. Mauric. *Cap.* 264. *& seqq. & Cap.* 312. Odd. *P.* 1. *Q.* 25. *& seq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol.* 10. Annæ. Robert. 3. *Rer. iudic.* 17. Franc. Sarmient. *de Redditib. ecclesiæ. P.* 1. *Cap.* 3. Iac. Schult. *Q. Pract.* 16. *& Q.* 20.

(hunc de quo quæritur in utroque genere hereditatis) *restituendum in integrum initio inspecto*. Quo significat videlicet hunc maiorem factum superioribus factis agnitionem præcedentem comprobasse non videri. Atqui superiora facta eiusmodi sunt, quæ non videantur in alium cadere posse, quam in eum qui se velit heredem esse; qui idem in his gerit se pro herede: sunt enim facta solius domini; proinde & heredis, qui alio iure dominus esse, quam hereditario non potest. Quod si verum est, sine dubio qui superiora fecit, se his factis heredem etiam nunc esse velle confirmavit: atque hoc ipsum nihil aliud est, quam præcedentem agnitionem comprobare, in qua te manere velle ostendas. Non comprobavit heres aperte verbis. Sed quid refert, si re & facto comprobavit: cum in omni voluntate declaranda nihil intersit, verbis quis id faciat, an re & quovis indicio voluntatis? *L. recusari*, *D. de acq her. L. 4. D. pro soc. L. 2. D. de pact. L. de quibus*, *D. de legib.* Et vere ista in proposito dicerentur, si is qui minor hereditatem adivit, postquam maior factus est, perseveraret in rerum administratione sua voluntate. Nunc autem fieri potest, ut perseveret magis necessitate hereditatis susceptæ coactus, dum cavet, ne interim, dum de restitutione deliberat, quid deperat culpa eius de hereditate, quam quod velit omnino se heredem manere. Quod ut accidere potest, & solet, ideo & hanc interpretationem voluntatis in re [25] dubia potius accipimus: quia benignior est: & in dubiis semper benigniora præferenda sunt. *L. semper in dubiis*, *D. de regul. iur.*

XXXI. Est & tertium factum velut inter superiora duo interiectum, quod in re cum minore gerenda interveniens, & ipsum restitutionem excludit, in suo genere item unum. Id autem est, cum minor in re contrahenda, aut quod idem valet, re contracta statim & in continenti cavet se adversus ea quæ gesta sunt, nihil facturum, idque iureiurando confirmat. Adversus hoc iusiurandum placet nullam esse in integrum restitutionem. De quo exstat præclarum rescriptum Alexandri in *L. 1. C. si adv. vend.* in hæc verba: *Si minor annis viginti quinque emptori prædii cavisti, nullam de cætero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter præstito servare confirmasti: neque perfidiæ, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.* Addidit Alexander, *iureiurando corporaliter præstito*. In quo dubitari potest, quid sit iusiurandum corporaliter præstitum. Et sciendum dictum hoc esse ab ethnico Imperatore ex more apud ethnicos usitato, qui maioris religionis cautia res aliquas tenentes se sacramento obstringebant. Alias tangentes sacra & [26] altaria; quomodo Annibalem iurasse, dum se perpetuo hostem P. Romani futurum iurat, Livius scribit initio *lib. 1. decados* 3. interdum tenentes lapidem iurabant Iovem [27] lapidem: cuius iurisiurandi forma est apud Fe-

25) Duar. *ad tit. C. si maior. fact.* Quia potuit, inquit, alio animo exigere (non tamen explicat quomodo) favor minoris benigniorem interpretationem exigit. Initium autem spectari hic dicitur *d.* § 2. non quasi finis & perfectio spectari non debeat, contra §. *praced.* sed ad exclusionem eius quod factum est post completam ætatem. Quia id non tam ad perficiendum negocium pertinet, quam ad consequentias perfecti. Neque enim qui iam ante heres est, ob id magis heres est, quod debitum exegerit, Ant. Fab. *ad d.* §. 2. Et ita Cildas *in definit v. vel advers. do-o. n* 50. conciliat *d. L.* 3 § 1. *&* 2 Quod inspici debeat finis quo actus absolvitur *d.* §. 1. Nisi læsio contingens in maiore ætate dependentiam habeat a gestis in minore. Quare vult restitutionem dari, si quod minor vendidit, maior tradidit. Quod non placet. Quæ enim apertior comprobationis nota, & obsistit *r.* 30. *b.* 9. ubi susius. Sic itaque hæc componenda: In §. 2 petitur restitutio contra actum quem ipse minor inchoaverat & perfecerat in minori ætate. Et restituitur contra immistionem, vel aditionem, non vero contra debitores a quibus exegerit. Nec vi restitutionis obtentæ accepta debitoribus reddenda sunt, sed heredi, (si quis ordine sequens adest) aut creditoribus paternis. Nec impedit restitutionem illa exactio, tanquam exinde comprobata fuerit aditio per ea quæ Don. hic. At in § 1. non agitur de restitutione contra actum ab ipso minore perfectum, sive in maiori sive minori ætate. Sed contra sententiam iudicis, quæ maiore eo facto lata fuit. Etsi vero tempore iudicii cœpti minor fuerit, non tamen se restitui petit ad id quod iudicio actum dum minor esset, sed adversus sententiam. Per quam læditur, non per ea quæ sententiam præcesserunt. Quod si non conqueratur de sententia, sed de actis male conceptis, allegatione omissa, errore in processu commisso, dum adhuc minor esset, restitutionem dari censet Bartolus, & probat Pac. 2. Q. 89. Duar. *ad d. t. C.* etsi hi alias paulo aliter. Add. Mauric. *Cap.* 196. Odd. *P.* 2 Q. 62. *Art.* 4. Octav. Simoncell. *Lib.* 3 *de Decret. & Selemn. in contract. minor. Tit.* 9 *n.* 7.

26) Virgil. 4 *Æn.*

Talibus orantem dictis arasque tenentem

12 Æneid.

Tange aras, mediosque ignes & Numina testor

Plaut. Rudente *Act.* 5. *Sc.* 2.

Tene aram hanc . . . .

Pollett. 4. *Hist. fori* 13. *in fin.* Iuvenal. *Sat.* 13.

. . . . . *intrepidi quacunque altaria tangunt*.

Cic. *pro Flacco: si aram tenens iuraret, crederet nemo*. Et pro *Corn. Balbo. morem Græcorum fuisse iurandi causa ad aras accedere*. P. Greg. 50. *Synt.* 8. *n.* 16. Obrech. *de iuram. calum. Cap.* 10. Io. Guil. Stuk. *Descript. sacror. sacrificiorumque gentil. fol.* 95. *facie* 2. Quo respicit Solonis vox *μέχρι βωμοῦ*, usque ad aras, Forner 3 *Select.* 27. Ac Romæ apud aram Victoriæ iuratum fuisse luculentum testimonium apud Symmach 10 *Epist.* 54.

27) Cuius formula hæc: SI SCIENS FALLO TUM ME DIESPITER SALVA URBE ARCEQUE BONIS EIICIAT, UT EGO HUNC LAPIDEM. Fest. *Lib.* 11. Plaut. *Aulular.* 5. *Sc. pen.* (quam tamen *Sc.* & sequentis ulti-

Festum. Apud Christianos inolevit iam olim, ut iuraretur tactis Evangeliis: quod usurpatum fuisse temporibus Iustiniani in rebus maioris momenti, & ad fidem publicam pertinentibus, declarat formula iurisiurandi, quod Iustinianus præscribit iis qui officia suscipiunt. *Novella* 9. *iusiur. quod præst. ab iis qui adm. suscip.*

CAP.

ultimi Ant. Codri supplętionem esse post Meursium censet Taubman. Plutar. *in Sylla* Polyb *Lib.* 3 *Quod sanctissimum iusiurandum habitum* (Romanis) Agell 1. *Noct.* 21. vetustissimus ritus Apulei. *de Deo Socratis: &c.* Quo de plura Erasm. *Chil* 2. *Cent.* 6. *adag* 33. Briss. 8. *Formul. pag* 710. Rævard. 5. *Var.* 5. Io. Bapt. Pius *Annot prior. Cap.* 10. *P.* 1. *Thesaurs Critici* Paul. Leopard. 6. *Emend.* 15. *P.* 3. *Thes. Critici Gruteriani*, Io. Guil. Stuckius *Lib.* 1. *Antiquit. Convival Cap* 30 *fol.* 110. Robert. 1. *Rer. iudic.* 11. *initio*, Pollet. 4. *Histor. fori.* 14. P. Gregor. 50. *Synt.* 8. *n* 5. Phil. Camerar. 2. *Oper. succisiv.* 78. Setser. 1. *de Iuram* 15. *n.* 25. Cumprimis autem vide Io. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 9.

C A P. X I I I.

Ad auth. Sacramenta puberum. C. si adver. venditionem.

Sed de hac iurisiurandi exceptione tota plenius cautum est constitutione Friderici Imperatoris, quæ exstat *lib. 2. feudorum* sub titulo *de pace tenenda*, *§. ult.* quæ eadem quia non solum ad eandem speciem, de qua in rescripta superiore Alexandri, sed etiam ad explicationem eius rescripti pertinebat, commodum in Codicem translata est, & ei ipsi rescripto subiecta sub *tit. si advers. vend.* Quod totum, quia huius loci est, & constitutio est in [1] magno usu, in qua tamen pleraque sunt, de quibus dubitari soleat, eius interpretationem hic breviter subiiciam. Verba ita sunt: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius momenti esse iubemus.*

Ait, *Sacramenta*. Non addit corporaliter præstita, ut Alexander fecit in *d. L. 1. C. eod.* quo intelligeremus, iusiurandum omne per se interpositum servandum esse, etiam si nullis rebus corporaliter tactis iuratum sit. *arg. in L. de pretio, D. de Publ. in rem act. L. item veniunt. §. petitam*, vers. *a quo, D. de hered. pet.* Et recte hoc ita constitutum. Nam cum iuraveris per Deum, cum Deum testem & iudicem invocaveris, nisi ita sit aut fiat, ut affirmasti; quid hic ad religionem & auctoritatem iurisiurandi adiicere potest amplius, aut etiam quid ad rem pertinet præsentia aut tactus ullus rerum ullarum quantumlibet sacrarum? Quid enim, an minus sacrosanctum est nomen Dei, quod usurpatum est iureiurando, aut an minus ille testis præsens aut iudex affirmationis tuæ futurus est, si ad iusiurandum nihil addideris? Et quod olim tactus Evangeliorum inductus est apud Christianos in iudiciis & rebus gravioribus ad firmandam religionis fidem, *ex* (*) *ignoratione verbi Dei natum est:* quo in iureiurando non de interventu aliarum rerum quarumlibet,

1) Unde pleriqoe interpretes ad eius explicationem commentationes suas certatim magna copia contulerunt. Utque antiquorum Bartoli Baldi Saliceti Iasonis & aliorum repetitiones, itemque eos, qui diversis operibus sparsim pleramque huius authenticæ materiam enodarunt præter alios Covar. *in Cap. quamvis 2. de pact in 6. p. 2. relection.* passim Seraphin. *Privil. iura.* 83. *n.* 96. & passim Gail. 2. *Obser* 41 *&* *seq.* Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de Dolo Cap.* 14 Anton. Gabriel. *Lib.* 2 *Comm. Concl. tit de Minorib. Concl.* 5. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 4. Trentacinq *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Minorib. Resol.* 1. Curt. Senior. *Cons.* 43. Wesemb *Cons.* 23. *&* *Cons.* 52. Herm. Esai. Rosacorb. *Pract. forens. Cap.* 41. Afflict. *Decis.* 322. Io. Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 4. aliique postea citati, hic taceam, in eam fusius commentati Sichardus & cumprimis Ioannes Gutierez. qui veluti ex professo itcm declarandam sumserunt, nihil fere singulis intactum relinquentes Parlador. 2. *Rer. Quotid Cap.* 4 Horat. Carpan. *Statut. Mediolanens. Cap.* 453. *Vol.* 1. Gomez. 2. *Var Resol.* 14 *n.* 18. *&* *seqq.* Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 125. *&* *seqq. ac Cap.* 326. *&* *seqq.* & passim. Ex quibus nos aliqua, non quæ & quot suppetunt. Enimvero hæc authentica illiberalis severitatis a quibusdam damnatur, qua æquitas prætoris convulsa sit, Iac. Omphal. *Lib.* 7. *de Usurpat. legum. Cap.* 6. *n.* 15. quæ multos minores redegerit ad inopiam, dum indeliberate iurant, quamque Imperator merito restringere debeat, Sichard. *ad d. auth. n.* 1. *&* 3. mors & destructio adultorum, ut ex Luca de Penna Rebuffus *Tr. de Rest. in int. Gl.* 1. *n.* 4. Duar. *d. loc.* Uti & statutis Mediolanensium Horat. Carp. *supra d. Cap.* 453 aliarumque Italiæ civitatum, dum cavent ne iuramenta minorum valeant. Sichard hic *n.* 48. Ac apud Gallos eam non servari, facileque gratiam iurisiurandi ab episcopo fieri minoribus læsis testis est Rebuffus *in Const Reg. Proœm. Gl.* 15 *n.* 50. & Goth. *in not. hic*. Quin & Hispanorum ac Lusitanorum legibus generalius cautum, ne contractus iurati celebrentur, neve conscribantur a notario, pœna remotionis ab officio, utque sic celebrati nullam vim habeant, Pinel. ad *L.* 2. C. *de Resc. vend P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 11. *&* 12. prudenter ita subditis consultum censens Padilla *ibid. n.* 35. Cuiusmodi statuta ac leges defendit Pinell. *ibid.* & Sichard. *hic n.* 48. fuse varieque disceptat Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 265. Iustissime latas ut ne iuretur, impediant, coerceantque transgressores. Ast ne iuratum servetur, utque iusiurandum iam præstitum pro infecto habeatur, iuri consonum non esse in eoque vim religioni fieri, putat Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 53. Idque tutius videtur. Confer *infra N.* 25.

(*) Neutiquam divini illius Christiano cuique obvii & parati de iure iurando præcepti ignoratione factum est (quod affirmanti Donello vix aliquis credat Calvinianus APELLA) ut tactis Evangeliis iurare consueverint superiorum temporum Christiani. Sed hoc veterum usque notissimo apud Hebræos SS. Patrum exemplo Christianis etiam moribus introductum: ut cum iurabant exteriore aliquo facto, tamquam signo ad conciliandam iuram ntio venerationem aptissimo uterentur: cuius pii & probatissimi usus luculenta, inquam, habuere in sacris literis sanctissimorum virorum & divinitus acceptæ doctrinæ patrum exempla vid. *Gen. XXIV.* 2 3 *XXVI.* 25 usque ad 53. *Dan. XII.* 7. *Apocal. X.* 5. 6. Non itaque superstitione aliqua, quam insano pravitatis errore comminiscitur Donellus, sed vere pio & religioso more tactis Evangeliis iurabant Christiani veteres, qui & nunc habent pii & religiosi ritus Christianos & Catholicos homines imitatores. Esto vero nihil veritatis aut sanctitatis ex altaris & Evangelii contactu accedat iuramento, quod ex catholicæ fidei regula totum in divini nominis obtestatione consistit: illud tamen in dubium vocari non potest, quod usu & experientia, & proba humani sensus æstimatione compertum est, quin illius rei sacræ tactus solemnis plurimum valeat ad commonendum iurantis animum, quo satis considerate, & magno cum metu ac reverentia Summi Numinis iuret; tantoque sibi violati iurisiurandi pœnam instare graviorem intelligat, quo magis solemni iuravit apparatu. Vid. Gonzalez. *in Comment Cap. si*. *extr. de iuram. Calumn. n.* 8. 9. 10. Covarruv in *Relect. Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. 1. P. §. 1. *n.* 1. & 2.

non de earum auctoritate, vel contemptu, sed de attestatione nominis solius Dei sine alia adiectione ita præcipitur: Non usurpabis nomen Iehovæ Dei tui temere: non enim habebit insontem Iehova eum, qui nomen ipsius usurpaverit vane. *Exo.* 22. Et certe non est levis contumelia, qua nomen Dei afficitur, si quis putat non esse satis per Deum iurare, aut Deum invocare testem, nisi tetigerimus sacra Evangelia, aut quid aliud: quasi quidquam maius aut sanctius sit in Evangelio, quam in eo, qui auctor est Evangelii & rerum omnium. Nec mirum sit Iustinianus in eo iureiurando, quod præformavit iis, qui administrationes suscipiunt. *Novel.* 9. hoc admiscuisse, ut qui iuraturus esset, iuraret per quatuor Evangelia quæ in manibus teneret. ***Nam hac*** (**) ***superstitione ille non contentus addidit etiam formulæ iurisiurandi impietatem***, dum vult iurari non solum per Deum, sed etiam per gloriosam Dei Genitricem, & per sanctos Archangelos Michaelem & Gabrielem: cum tota scriptura clamet hunc honorem soli Deo deberi, ut per eum iuretur. *Ierem.* 5. *Hebr.* 6. quippe qui solus sit inspector cordium, ut scire possit, qua fide, quave conscientia quisque iurarit; solus sui nominis contempti idoneus ultor & iudex. Recte igitur, ut dixi, simpliciter ita cavit Fridericus, ut sacramenta seu iuramenta sola per se interposita inviolabiliter serventur.

Ait, *sacramenta puberum*. Ergo [a] Impuberum sacramenta hac lege non tenentur; non

a) Consentiunt nostro Sichard. *hic n.* 6. *& seqq.* & Mudæ. *ibid.* Iac. Omphal. *Lib.* 7. *de Usurpat. legum Cap.* 8 *n.* 15. Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *p.* 3. *§.* 1. *n.* 5 Bachinæ. 3. *Contr.* 10. & Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 18. Qui & hoc pluribus firmant. Nam verba legum proprie accipi debent, nisi ubi absurdum inde sequeretur. *L.* 19. *de LL.* Et ubi intra certum tempus exigunt, id plane confectum esse oportet, ut nec unus dies desit, Sichard. *d. loc. n.* 28. *& seqq.* Cumque hæc constitutio etiam in puberum minorum persona rigorosa & odii plena multis habeatur, ut *not. supra N.* 1. merito strictius accipitur, nedum ultra verborum vim protrahenda. Quin nec impubes ex voto obligatur *Cap. significatum* 11. *de regular. Cap.* 1. *eod. in* 6. Ergo nec iureiurando, cum utrumque DEO præstetur. Denique iusiurandum discretionem iurantis iure quoque Canonum exigit. Hic autem iudicium, unus trium iuramenti liciti comitum quos vocant *Cap. etsi Christus* 26. *de iurei.* deficere omnino videtur. Fuse post alios Fachin. *d. Cap.* 10 Aut saltem in vere puberibus firmius iudicium, maiorque servandi iurisiurandi ratio. Sichard. *d. loc.* Et hanc communem LL. interpretum opinionem, veramque videri scribit Fr. de Caldas ad *L.* 3. *C. de in int. rest. in definit. v. Minorib. n.* 8. Qui tamen ipse communi Canonistarum sententiæ adversæ accedit *n.* 9. *per Cap. ex literis* 10. *de sponsalib.* . ubi iuratæ impuberum desponsationes inviolabiles. Cui & plerique adstipulantur, P. Gregor. 50. *Synt.* 7. n. 4. Prælad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 4. Seraphin. *Privileg. iurum.* 83. *n.* 24. ubi *in Addit.* Martin. Benckendorf. *n.* n. Plures de communi testantes percenset, & ceu communem sequitur Hartman. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 6. n. 8. & magis communem vocat, quæ consulendo & iudicando servanda, maxime iure Canonum in materia iuramentorum attendendo. Gutierr. *hic n.* 117. Et a communi, licet in puncto iuris falsa sit, iudicando & consulendo discedi non debere vult Gomez. *d. n.* 18. Varie hanc quæstionem disceptat, suseque & impedite, ut vix sibi ipsi constare videatur, Io. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 326. Unde pro utraque opinione rationes & responsiones peti possunt. Cæterum etsi satis scire hic Donellus opinionem suam muniat, ac relatæ rationes convincant iuramento impuberis robur obligationi invalidæ aut inefficaci nullum accedere, nec inde aut contra petitam restitutionem in integrum exceptionem alteri dari, cui iuratum est, aut si is egerit, contra exceptionem ætatis, replicationem. Probe tamen apud animum perpendat pubes iam redditus, anne eius ingenii ac iudicii tunc cum impubes iuraret, fuerit, ut quid ageretur, quæ item religio sit iurisiurandi perfecte intellexerit; firmumne & integrum (quæ aliquando pueris nonnullis præcocitas & velocitas ingenii) æque ac si pubertatem forte plenam attigisset.

(**) Hæc e media Calvini schola impura verba impuro ore Donellus. Quid vero impudenti calumniæ reponimus? Id quod verissimum: quod scilicet iurisiurandi formula, de qua Iustinianus *Novel.* 8. *sub fin.* abest ab omni non modo superstitione, & quod gravius, impietate; sed immo nihil habet, quod non sit cum vera pietate & religione coniunctum. Hoc autem qui? Quia duplex ille iurandi modus quem coniungit *ibidem* Imperator undequaque cum divino scripturarum oraculo consentit. Prior illa iurisiurandi Iustinianei pars, in qua Sacramentum illud invocato SS. Trinitatis numine faciendum est & ipsi, credo, probabitur Donello, & cuicunque alteri qui cum illo sentiat. Quare de eo dicere supersedeo. Altera vero pars, in qua per SS Dei Matrem, per Angelos, & per quatuor Evangelia iuratur: idest oblique, seu tacite numen Dei unicum vocatur in testem, si quem offendat, quasi Numini trium divinarum personarum expresse *ibidem* obtestato contumeliosa: in quod suspicor offendisse Donellum: Hic inquam poterit, ut potius ipse superstitione, & pravitatis errore liberetur, quam multa consulere scripturarum loca. Esto hæc ex. c. 2. *Gen* XXXI 53. *Deut.* IV. 26. *Iosu* II. 14. *Matth* V. 34. 35. 36. & ad hunc locum Interpretes. *Matth.* XXIII. 20. 21. 22 I. *ad Cor.* XV 31. II. *ad Cor.* I 23. & alia, in quibus interpositum per creaturas, easque sive divinitus accepto veritatis & iustitiæ dono, sive divinæ veritatis in illis altius impresso vestigio reliquis præstantiores, & factum iusiurandum sanctorum & veterum fidei patrum exemplo, & ipsius Christi Domini oraculo comprobatur. Cum itaque modus uterque sive per Deum expresse, sive tacite per Creaturas iurandi divina sacrorum librorum auctoritate probetur: nil caussæ esse video, cur quia Iustiniano succenseat; eumque pessime accipiat, quod utrumque iurandi modum formula illa comprehensum iunxerit. Nisi quis forte pessimo exemplo prophetam Eliseum uti superstitiosum & impium, quod horrent aures, traducat, quod & ipse per Deum & per vitam Eliæ coniunctim semel, iterum, ac tertio iuravit vid. III. *Reg.* IV. 2. 4. 6. At nonne indivisæ atque sacrosanctæ Triadis obtestatio religiosissimum ipsa per se sanctissimumque facit iusiurandum? Et quidem maxime. Quid ergo alia priori huic adiuncta per Dei Matrem, Angelos & quatuor Evangelia iuratio? Non illa certe de caussa quam stulto perversitatis errore potuit sibi fingere Donellus, ut illa religionis cultus qui ex iuramento consequitur, Virgini Matri aut Angelis a iurante tribuatur: hanc impietatem Catholica doctrina & orthodoxa fidei regula detestatur; & hoc impietatis aut nefandæ superstitionis crimen longe abest a Catholico viro atque pio Imperatore Iustiniano. Qui porro ignorare non potuit quodcunque iuramentum summa Dei unius & sola veritate niti, ideoque iuramentum per creaturas in Deum totius veritatis auctorem relatas in ipsius Dei veritatis cultum atque honorem cedere. Quid ergo movit Iustinianum ut priori expresso per indivisum Trium personarum numen iuramento, posterius illud per Dei Matrem & Angelos & Evangelia oblique Deo factum adiungeret? Illa credo, summe laudabili maximeque religiosa de caussa, ut infirma videlicet iurantium fides ac religio tanto firmius & sanctius se divino numini obligatam sentiret, quanto pluribus, & Deo charissimis nominibus adhibitis quasi pignoribus datis Deum ipsum unicum suæ veritatis & fidelitatis auctorem ac testem appellasset.

non dico ut ea non prohibeantur hac lege retractari: sed etiam ut his ipsis verbis ea retractare concedatur. Hæc enim vis est orationis omnis ad certum aliquod genus personarum directæ, & maxime in legibus, quæ ut virorum prudentium consulta (sic enim vocantur in *L. 1. D. de legib.*) ita scribi solent, ut nihil sit otiosum: hæc, inquam, vis eius orationis, ut quoties certis quibusdam ex aliquo genere nominatim quid adimitur, cæteris qui ex eodem genere sunt, concedi intelligatur. *L. cum prætor, D. de iud.* & contra, si quid conceditur nominatim certæ speciei hominum; cæteris qui sunt ex eo genere, continuo videatur ademptum, ut fit in hoc ipso edicto de minoribus: quod quia auxilium pollicetur nominatim de eo, quod cum minore gestum erit, ab omnibus sic acceptum est, ut idem auxilium intelligatur denegatum de eo, quod gestum erit cum maioribus. *L. 3. §. sed utrum, D. de min.* Recte utrumque: quia, si quod de certis personis nominatim lege cautum est, id lex ad universum genus earum pertinere voluit, stulte rationem retulit ad certas tantum personas, quæ totius generis debuit esse communis. Iam hic constitutio Friderici sacramentis minorum retractationem adimens nominatim hanc adimit sacramentis puberum. Frustra & inepte puberum, si etiam in sacramentis impuberum idem ius esse velint: quod vitium ne in privatorum quidem, dum ne scurram, oratione admittere solemus. In legibus quidem nunquam. *L. 5.* in fin. *D. de capt. L. 1.* in fin. *D. ad municip.* Perspicuum est igitur Fridericum hac adiectione puberum, quam retractationem sacramenti puberibus adimit, hanc illum impuberibus concessisse. Et hoc ius recte constitui in infantibus, item in impuberibus qui proximi sunt infantiæ, omnes consentiunt, quia hi nec doli capaces sunt, nec quid promittatur, aut quid iuretur, intelligunt, *§. pupillus, Instit. de inut. stipul.* At quid, si impubes qui contraxit tutore auctore, & iuravit se conventionem servaturum, sit pubertati proximus? nam hac ætate qui sunt, doli capaces esse existimantur. *L. 4. §. quæ in tutore, D. de dol. mal. & met. exc.* Iam hoc quidam probant non minus huiusmodi impuberum sacramenta servanda esse, quam puberum; moti his rationibus, quod impuberes hi per omnia puberibus comparentur, & cum intelligant, quid agatur, non magis in ea ætate periurium ferendum sit, quam in puberibus. Sed cum constitutio Friderici superiore adiectione puberum eximat ex eo numero omnes qui puberes non sunt: nisi quid admodum idoneum adfertur ex reliquo iure, quo id faciendum non esse probetur, hæc eadem sententia quæ tam aperte verbis efficitur, omnimodo retinenda est: si modo & constitutioni iuris publici auctoritatem damus: ut certe dandam esse concedunt omnes: quam ob caussam & in Codicem Iustiniani relata est. Idque eo magis faciendum est, quod contraria sententia periculose oppugnat utilitatem pupillorum. Efficit enim, ut pupilli quanvis quod gereretur non intellexerint, & vehementer læsi sint, nunquam tamen restitui possint. Curabitur enim, ut iusiurandum interponant. Quod quidem a pueris facile impetratu est. Nam qui potuit induci, ut rei suæ alienationi consentiret, facile etiam, ut est imperitia & infirmitas puerilis ætatis, eo adducetur, ut eam alienationem, quam iam opinione sua comprobavit, adhibito iureiurando confirmet. Ita scilicet superiore sententia inducta, erit inventa 3) ratio, qua miseram illam & miseratione dignam ætatem captionibus & insidiis hominum malitiosorum exponamus. Nec ad rem pertinet, si quis dicat tutoris auctoritatem pupillum ab eo periculo & omni iniuria tutum præstituram. Quid enim, si tutor colludat? Quid si egerit quidem sedulo; sed & ipse stultitia aut imperitia sua, vel quo alio errore pupillum in eam fraudem impulerit? Denique cur ad istam coniecturam recurramus, cum in restitutione nunc appareat pupillum captum esse, & ne queri posset, subdole iureiurando esse obstrictum? nam aliter restitutioni locus non sit. Et quid interest, quæso, quomodo læsus sit pupillus,

attigisset, assensum præbuerit. Tunc enim violando iurisiurandum periurii reatum non effugiet. Damnum ergo facultatum, maxime modicum, insuper habeat, maioremque rationem conscientiæ & ultionis divinæ vitandæ habendam ducat. Nec ideo tamen in foro civili ullus iuramenti ab impubere præstiti effectus esse debet, nec inde adversario actio dari. Exemplo enim perniciosum foret ex rarioribus casibus ius constitui. Qui ipsi casus non ita iudici perfecte patefacere possunt, cum quæ in animo consistunt, alteri non sint obvia. Adhæc indignus cui subveniatur, qui impuberem ut iuraret induxit, inque illo ipso negocio circumvenit, etsi forte dolo non fecerit. Mirarique subit qui error vulgaris ita increbrescere, forique subsellia & tribunalia occupare potuerit. Neque enim tanti est quod aiunt, quia de animarum hic favore, & ut vitetur peccatum, agatur, extensionem quoque iuris correctorii & exorbitantis fieri, Asin. *d. Cap.* 326. *n.* 10. Fr. de Caldas *d. loc. n* 9. Sed contrahenda hic vela.

3) Bellissime. Plane si priusquam iuraret, dolose se puberem esse persuasit, iusiurandum efficax esse facile largiendum, Ias. *ad h. auth n.* 90. Asin *d. Cap.* 116. *n* 14. declarans modo probabilis alteri ætatis ignorantia, secus si cognatus &c. Confer *supra Cap.* 10. *n.* 13.

lus, ut ei succurri debeat, si læsus est? Quare cum in superiore sententia tantum sit periculi adversus eam ætatem, quæ omni favore & præsidio ac tutela legum digna est, omnino sententia sine manifesta ratione admitti non debet. Quid ergo pro ea adferatur, videamus. Quod omne cum mihi parum idoneum videatur, de eo breviter respondebo. Quod si recte facimus, tum sine ulla offensa constituta erit contraria sententia huius constitutionis quam volumus.

Primum ergo obiiciuntur ii loci, & hi complures, quibus constanter traditur, impuberem pubertati proximum doli capacem esse: ideo si quid dolo fecerit, si quid deliquerit, puta furtum fecerit, damnum dederit sciens, & quæ sunt similia, eum in eadem caussa cum puberibus habendum, ut hinc non aliter teneatur, quam puberes in eadem re solent. *L. impuberem, D. de furt. §. in summa, Institutio. de obligat. quæ ex del. L. 4. §. quæ in tutore, D. de dol. mal. & met. exc.* Nec desunt optimæ rationes, cur placeat in hac re minores alios ab aliis numero annorum non distingui. Recte enim illa dicta sunt, quæ huc referri debent: malitiam supplere ætatem. *L. 3. Codic. si min. se mai. dix.* Item, in criminibus ætatis suffragio minores non iuvari, nec infirmitatem animi malorum mores excusare. *L. 1. C. si adv. del.* Denique nullius malitiam debere ipsi lucrosam esse, aut alteri damnosam. *L. 1. D. de dol.* De quibus hoc responsum sit, recte illa dici in eo impubere, qui quid deliquerit sciens, aut aliter dolo malo fecerit: ad eum impuberem, a quo dolus absit, non pertinere, omninoque dum malitia ætatis non arguatur, impuberes in rerum administratione puberibus minime comparari; sed puberes scire & intelligere existimari, quod geritur, impuberes non item. Id ita esse declarant duæ differentiæ noti iuris, quibus discernuntur puberes ab impuberibus in rebus gerendis. Una est hæc, quod puberibus qui curatorem non habent, permittitur iure rerum suarum administratio hactenus, ut quod hi per se sine ullius curatoris auctoritate gesserint, iure ipso perinde ratum sit, quasi a maioribus gestum esset. *L. 3 Codic. de in integr. restitut. mi.* Impuberibus autem ut omni intelligentia ad res per se gerendas idonea destitutis, omnis hæc facultas adempta: qui si quid gesserint sine tutoris auctoritate, quod quidem ad acquirendum non pertineat, placet nullius esse momenti, sive tutorem habeant, sive non habeant. *L. in negotiis, D. de regul. iur. §. pupillus, Inst. de inutil. stipu. Instit. de auctor. tut.* Altera differentia est, quod puberes si per se res suas tractare volunt, ipsis liberum est: nam inviti curatorem non accipiunt, *§. item inviti, Institu. de cur.* Impuberes eum per se utiliter gerere nihil possint, in quo aliquod periculum metuatur, tutorem accipiunt inviti, cuius prudentia & auctoritate regantur, idque naturali rationi conveniens esse scriptum est in *§. ult. Inst. de Attil. tut.* Non sunt ergo, ut dixi, in eadem causa puberes & impuberes quanvis doli capaces, cum de eorum intelligentia & rerum administratione agitur: tantumque una res eos coniungit, si quid dolo & malitiose fecerint, cum ætas doli capax esset. Iam vero cum impubes quid contraxit, iuravitque se contra nihil facturum, nihil hic dolo facit, neque tunc cum iurat, neque tunc eum adversus contractum restitui postulat. Non tunc, cum iurat: quia tum non fallit, sed fallitur, sive id fit dolo adversarii, cum quo contrahit, sive ipsius errore & ætatis imperitia. De eo enim minore loquimur, quem restitui volumus: quod non tribuitur nisi ei, quem constat captum esse. *L. verum, §. sciendum, L. non omnia, D. de minor.* Adde, quod pupillus si fallit, tamen sciens fallere 4 non videtur, ut est in *L. qui iurasse, D. de iureiur.* Non est autem dolus, nisi tunc, cum quis alium sciens prudens & consulto fallit. Multo minus dolo facere videtur, quisquis restitui postulat, adversus id, quod impubes gessit, in quo se captum fuisse doceat. Hac enim restitutione id agit, ut fraudem excludat, quæ non in re tantum est, sed etiam in adversario, qui quod sciat per imperitiam pupilli male gestum esse, id obtentu iurisiurandi eadem imperitia interpositi defendere nitatur. Vera autem est sententia Papiniani, dolo facere non videri eum, qui fraudem excludit. *L. cum pater, §. Titio,* in fine. *D. de leg 2.* congruit *L. atqui, §. cum me, D. de neg. gest.* Nihil ergo superiores loci omnes, quibus impubes doli capax

4) Quæ conditio cuiusque iurisiurandi Langlæ. *Cap. 1. Semestr. 2 pag. 16 & seq.* Male Seraphin. *Privil. iuram.* 83. *n.* 24, in veritate etiam pupillum peierare, ideoque *d. L.* 26. *pr.* dici *videri*. Repugnat enim ratio mox subdita. Ideo autem vocula *videri* adiecta, quia quoad verba peierare potest, & ratione materiæ: ast non ratione animi ac formæ. Sicuti mendacium dicere potest ignorans, qui non mentitur tamen.

pax comparatur eum puberibus, impuberem iureiurando quid permittentem offendunt, nec ei obstant, quominus adversus iusiurandum recte restitui postulet.

Sed gravior obiectio est ex *L. 1. C. si adv. vend.* non solum quod Alexander illic generaliter minorem iurantem ab in integrum restitutione arcet; sed etiam quod negat in universum se perfidiæ ac periurii cuiquam auctorem futurum. De minore loquitur, at hoc verbo non puberes solum, sed & impuberes: & hi quidem maxime, continentur. Inhibendæ autem restitutionis ratio est, si quis hanc restitutionem eum periurio postulet. Quid igitur restat, nisi ut impuberi quoque contra iusiurandum venienti vel propter periurium restitutio denegetur? De quo ut respondeam; si quidem in impubere contra iusiurandum periurium admitteremus, non negem equidem etiam illi in integrum restitutionem adversus iusiurandum denegandam, non ideo tantum, quod superius rescriptum aperte omnem minorem peierantem excludit: sed etiam quod fatendum est non leve delictum esse periurium: certi autem iuris est minoribus in delictis, quacumque ætate sint, non succurri. *L. si ex caussa, §. nunc videndum, D. de minor. L. 1. C. si adv. del. L. 3. C. si minor. se maior. dix.* Sed si obtineri potest pupillum in contractibus rerum suarum iurantem non peierare, quæstio tollitur, nec quidquam relinquitur in superiore rescripto, quod vereletur. Loquitur enim rescriptum de maiore quidem generaliter, sed peierante. Removet omnem minorem, sed ob periurium. Neutrum ad pupillos & impuberes pertinet, si pupillus non peierat. Quid ergo, eum impubes iuraverit se contractum servaturum, si contra id iusiurandum restitutionem postulet ʃ negabimus eum peierare? Sane diserte negat Paulus in *L. qui iurasse, D.* de iur. *quamvis*, inquit, *pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur*. Sed quærendum amplius, an hoc recte Paulus. Nam eum in hoc iureiurando servando aut non servando de cultu Dei agatur, videndum est in hac re, non tam quid Paulo homini ethnico visum sit, quam quid bona conscientia & ex verbo Dei impuberi hic facere liceat. Sic enim præceptum Domini est: *non usurpabis nomen Domini Dei tui temere*; quo constat omne periurium vetari. Difficile autem persuaderi potest, eum qui adversus iusiurandum faciat, peierare non videri. Ego vero Pauli veram sententiam esse arbitror, non illa tantum ratione, quod pupillus iurans sciens non fallat, quod proprium est peierantum; sed ea maxime quod cum verbis iurat, re vera nec iurare videatur: de quo sic constare potest. Nullum est iusiurandum eius, qui quid dicat aut iuret, non intelligit: ut puta, nullum est iusiurandum furiosi, infantis, ebrii, quia hi quid iurent, quid affirment, nesciunt. Id certius etiam intelligetur ex definitione iurisiurandi. Iusiurandum est, in rebus quidem præteritis aut præsentibus affirmatio religiosa; in rebus autem futuris religiosa de his promissio. Nulla est autem affirmatio eius, qui scire non possit, quid & qua de re affirmet. Nulla promissio sine intelligentia promittentis & consensu; certe nulla sine his obligatio. Proinde sine his nullum iusiurandum. Iam vero pupillus omnis quoties de rebus æstimandis agitur, ut fit in contractibus & negotiis gerendis, non magis scire aut discernere potest, quam furiosus. Experientia id docet: sed & hoc diserte scribit idem Paulus in *L. pupillus, 9. de acq. her.* Nec quem moveat, quod pupillus quodvis negotium eum tutoris auctoritate gerere potest etiam, ut obligetur. *Hoc enim*, ait ibidem Paulus, *favorabiliter ei præstatur*. Neque vero quod favore eius inductum est, adversus eum converti debet, ut existimetur intelligere quod gestum est, quo illi hæc opinio noceat. *L. quod favore, C. de leg.* Quare pupilli non intelligentis quid agatur, eoque nec in id consentientis ut nulla vera est promissio, sic nullum iusiurandum. Quod si pupilli iusiurandum nullum est, fit id, quod Paulus scribit in *d. L. qui iurasse*, ut pupillus qui iuravit lingua, si id non servet, non ideo peieret, qui re vera prius non iuravit. Non est enim periurium, nisi cum fit adversus iusiurandum. Sane in rebus præteritis accidere potest, ut pupillus pubertati proximus iuret falsum sciens: quod vere periurium est, & delictum etiam in ea ætate vindicandum. *C. 1 extr. de del. puer.* Sed hæc intelligentia impuberis in res præteritas tantum cadit, & eas quæ percipi & sciri possunt etiam ab impuberibus, quas eisdem scivisse probetur is, qui iuravit. Nulla eiusmodi intelligentia aut sensus impuberum in rebus con-

ʃ) Itaque evidens discrimen inter iuramentum, quod vulgo assertorium & quod promissorium, itemque quod confirmatorium contractus. Quin & Bartolus ad h. auth. inter posteriora duo quoque differentiam hic agnoscit. Accedit, quod crebrius est, stilo notariorum instrumentis inseritur iuramentum, citra partium expressionem, *Ann. de Exsec. §. 9. Cap. 339. n. 2. fol. 945.*

contrahendis, ut scire possint quid agatur, quamque id utile sit, aut inutile, quod geritur, possintque diei ex animo in id [6] consentire. Quod si impuberum, qui eum iurant, scientes non fallunt, periurium nullum est, quanvis contra quam iurarunt, faciant: licet iam colligere, concurrere omnia cum in verbis, tum in sententia huius constitutionis, itemque in auctoritate reliqui iuris quo efficiatur sacramenta impuberum non necesse esse servari similiter ut puberum: proinde impuberibus quanvis iuratis semper superesse adversus iusiurandum temere & nullo sensu interpositum in integrum restitutionem.

Ait, *super contractibus*. Contractus hic usitato more generaliter accipiemus omnes puberum conventiones, ex quibus obligatio oritur, id est, non eas tantum, ex quibus mutuæ sunt obligationes, qualis est emptio venditio, locatio conductio, societas, permutatio: de quibus interdum contractus verbum angustiore significatione accipi solet: *L. Labeo libro, D. de de verb. signif.* sed & eas, ex [7] quibus vel unus obligatur; qualis est stipulatio, mutuum: ut intelligamus, si pubes stipulanti quid promiserit, si mutuam pecuniam acceperit ita, ut iure obligaretur, & iusiurandum interposuerit generaliter caveri hac constitutione, sacramentum inviolabiliter esse servandum: proinde nec locum esse restitutioni. Hanc interpretationem non obscure & significatio atque usus verbi, & ratio, id est, sententia huius constitutionis exigunt. Nam usitate & stipulatio & quæcumque aliæ sunt conventiones, ex quibus quis obligatur, etiam si unus tantum, nihilominus contractus appellantur. *L. non solum, D. de obl. & act.* Eaque plane verbi significatio est in illa divisione iuris, cum obligationes esse dicimus ex contractu, maleficio: contrahi autem aut de re, ut mutuo, aut verbis, id est, stipulatione, aut literis, aut consensu, *§. ult. Inst. de obl. L. 1. D. eod.* Ratio autem & scientia constitutionis hæc est, ne pubes peierans audiatur; ne magistratus, neve princeps cuiquam periurii auctor fiat, ut declaratur apertius in *L. 1. C. si adv. vind.* Non minus autem peierat, qui obligatus est solus, quam qui obligatus est cum alio, si iuratus adversus iusiurandum facit.

Ait, *super contractibus rerum suarum*. Ne quis hæc verba sic accipiat, quasi hic appellentur ii contractus tantum, in quibus puberes de rebus suis distrahendis alienandisve, aut de earum usu quid cum alio contrahant, ut fit in emptionibus, permutationibus, divisionibus rerum, locationibus. Ridiculum est enim, si quis in his tantum sacramentum puberis servandum putet, cum nihilominus in aliis cavens, & se nullam de re contracta controversiam facturum iurans, si contra faciat, peieret. Quod sententia constitutionis

6) Tum libera voluntate, tum etiam certa sententia. Unde necesse esse volunt ut sciat se minorem esse, Trentacinq 2. *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 1. n. 18. quia, ait, iurando ætatis beneficio renunciat. Ergo id sibi competere ut sciat oportet per *L.* 29. *de inoff.* Et hoc omnes præsupponere qui in sequenti quæstione variant scribit Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 135. Hinc quæsitum est an minor certior prius de iure suo fieri debeat, ita ut alias locus non sit huic auth. Varieque certatum est, ut utraque opinio ab affectis suis communis perhibeatur ut per relatos a Benckendorf. *ad Seraphin. Privil. iuram.* 83. n. 3. *&* 4. & Trentacinq. *d. Resol.* 1. n. 14. & vix constare utra sit receptior, Pinell. ad *L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 3. *Cap.* 1. n. 10. Qui aiunt, ut Dynus Cynus Salicetus & alii (quos confertim citat Tiraq. ad *L.* 8. *C. de revoc. don. in præfat.* n. 146. & ii quos mox pro contraria opinione citabimus) ac Sichard *hic* n. 12. Moventur. (1) Quod in minore probabilis iuris ignorantia (2) argum. *d. L.* 19. *de inof.* & quod iuriurando huic vis tributa sit renunciationis. Nemo autem renunciat iis quæ ignorat. Unde & Velleiano renuncians certioranda ut *supra Lib.* 22. *Cap ult. N* 4. (3) quia nec alias ad incognita refertur sacramentum ut *infra N.* 21. (4) Unde nec iuramento impeditur condictio indebiti, Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 113. n. 8. 5) Nec ad id alias trahitur, quod iurans verisimiliter noluisse creditur *L. ult. C. de non num. pec. L. ult. D Qui satisd. cog.* 6. Denique benignius ætatis fragilitati subvenire, captionibus occurrere. Qui abnuunt, ut noviores plerique præter veteres ab iis relatos Mauric. *de Restit. in int. Cap.* 113. *& seq.* Pinel. *d.* n. 10 Padilla ad *d. L.* 2. *C. de resc. vend.* n. 34. Cagn. *ibid.* n. 107. Trentacinq. *d.* n. 14. Asin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 134. *& seq* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. n. 11. Gutierr. *ad h. auth.* n. 114. *& de iuram. Confirmator P.* 1. *Cap.* 71. Wes. *Cons.* 23. n. 52. Gomez. 2. *Resol.* 14. n. 18. Ant. Gabr. *Lib.* 2. *Tit. de iurei. Concl.* 4 Busius ad *L.* 1. *de iurei.* n 4. Gail. 2. *Obsrq.* 41. n. 5. (usu Cameræ imperialis comprobans) sequentibus innituntur argumentis. (1) quia *hac auth. & L. praced.* nuda præstatione iuramenti restitutionem excludunt. (2) Nec spectatur certioratio in eo, quia LL. ignorantiam & infirmitatem minoris præsupponunt, religioni sacramenti favorem ætatis posthabentes. (3) Vis ipsius iuramenti, ut maiorem fingat. Ergo certioratione non opus. (4) Idem vim habet specialis consensus & renunciationis, ac virtutem enixæ voluntatis per *L.* 77. §. *filius matrem* 23. *de leg.* 2. qua ratione mulier quoque non certiorata, iuramento beneficio Velleiani excluditur. *Cap.* 9. *de iurei.* Gail *d.* n. 5. *&* n 9. (5) Iuramentum super facto extenditur ad omne ius quod undecunque nasci ex eo poterat *L.* 13. §. 2 *L* 28. §. 6. *de iurei.* Gail. *ibid.* Gutierr. *hic* n. 114. Wesenb. *d.* n. 52. (6) Eo ipso quod iurat, certus iuris sui creditur, nec intelligitur temere, re non explorata, ad iurandum prosiliisse, Wesenb. *d.* n. 50. modo de facto certus sit quid agatur, Asin. *d. Cap.* 134. Vel (7) saltem in genere de quocunque remedio etiam implicite cogitavit, idque satis est argum. *L.* 7. *de rest. mil.* Mauric. *d. Cap.* 113. n. 9. Gutier. & Gail. *dd. loc* Denique (8) imputandum minori quod non consuluerit peritiores quid ex negocio detrimenti capere posset, Mauric. *Cap. seq.* n 9. Cautius tamen esse tradunt ut contrahens cum minore, quo securior reddatur, præmoneat illum, idque ipsum instrumento contractus vel renunciationis inseri curet, Gutierr. *hic* n. 116. Gail. *d. loc.* n. 9. Et ita habes quid nostri sentiant, congestis rationibus dispersis. Quid sentire velis ipse constituas. Pergendum ad alia.

7) Nam & hi nomine contractus veniunt, & ita Sichard. *hic* n. 34. Parlador. 2. *Rer Quotid.* 4 n. 10. de communi testatur. Idemque in contractibus innominatis, Parlador. *ibid.* n. 23.

nis postulat, hoc & verborum significatio admittit, ut contractum rerum puberis interpretemur contractum omnem, [8] quo pubes ipse obligetur. Revera enim quisquis obligatur, de suis rebus præstandis obligatur: ut in re a nobis contracta non possit dici obligatio. Nam cum omnis obligatio aut in dando sit, aut in faciendo: *L. 2. D. de verb. obl.* si in dando est, non potest debitor dare nisi res suas. *L. nemo plus, D. de reg. iur.* si in faciendo etiam factum quod præstamus, nostrum est: atque hoc non præstito, exitus obligationis is est, ut pecuniam hic quoque dari oporteat. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus. D. de verb. obl.* Sed si omnis contractus puberis est contractus de rebus puberis, an non cum contractus nominasset constitutio, supervacuum fuit addere *rerum suarum?* Sane fuisset supervacuum, si prius nominasset contractus puberum. Nunc autem prius simpliciter contractus nominati erant. Ita hoc restabat, ut sciretur, de quorum contractibus loqueretur constitutio. Addit ergo *rerum suarum*, quo horum ipsorum puberum contractus intelligerentur: ut perinde hæc adiectio valeat, quasi dictum esset, sacramenta puberum facta super contractibus ipsorum seu de rebus ad ipsos pertinentibus retractandis, inviolabiliter serventur. Hoc autem additum, ut contractus alieni removerentur; ne quis scilicet putaret sacramenta puberum etiam ibi servanda, cum iurassent super contractibus alienis, caventes puta, [9] iurantesque promissorem alieni contractus facturum quod promisit, nec contra venturum. In quo nulla est obligatio iurantis: quia si id exigitur ab eo, ut impediat promissorem, ne contra quam cavit, faciat, exigitur ab eo, quod ipse præstare non potest: rei autem impossibilis nullum est iusiurandum: ut, si quis iuret se mare ebibiturum, aut digito cœlum tacturum. Sin id agitur, ut promissore non faciente quod promisit, tum pubes qui iuravit alium facturum, id præstet: hic iam non agitur de iureiurando servando, quod aperte servatum non est: sed ut pubes obligetur. Porro nemo alium daturum facturumve promittens, obligatur, ut idem præstet, quia nec in id consensit, nec si consensisset, verbis promisit, ut ostendi ad *L. inter*, 83. *D. de verbor. obligat.*

Ait, *super contractibus rerum suarum non retractandis.* Aperte his verbis ii contractus significantur tantum, qui [10] iure valent. Primum quod qui iure non valent,

8) Quin idem statuunt in quasi contractibus, Gotierr. *hic n.* 118. Seraphin. *Privil. iuram.* 83. *n.* 35. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 126. Confer not. *supra Lib.* 15. *Cap.* 14. *N.* 1. Ideoque & in iudiciis, cum in his quasi contrahatur Sichard. *h. n.* 34. Gutierr. *n.* 127. Tiraq. *d. Gl.* 5. *n.* 208. Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 19. Idem in distractibus, liberationibus, acceptilationibus & renunciationibus, ut multis auctoritatibus firmant Tiraq. *d. Gl.* 5. *n.* 7. & Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 11. *n.* 10. & probant Sichard. *h. n.* 34. (quia contrariorum, ait, eadem disciplina) Gomez 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 18. Seraphin *d. Privil.* 83. *n.* 33. Parlador. *d. Cap.* 4 *n.* 15. Cels. Bergal. *Lib.* 2. *de Dolo Cap. vo. Sit. de dolo dante caussam &c. n.* 48. & transactione ac compromisso Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 17. & donatione post alios relata Tiraq. *d. Gl.* 5 *n* 49. Wesenb. *Cons.* 23. *n.* 27. Quod in donatione solum ob caussam quidam recipiunt, non in temeraria, inconsulta, aut profusa, vid. Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 12. Nec refert ante contractum aut negocium, vel in eo intervenerit: an postea accesserit iuramentum, Gomez. *d. n.* 18. Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 20. Modo ipse iuraverit, vid. *N. seq.* & ei ipsi, cum quo contrahit. Non si absente eo postea, etsi coram testibus & notario, ita Sichard. ad *L.* 1. *C. h. tit. n.* 3. *per text. L.* 6. §. 3. *de confess.* Quod iure utique verum puto quoad obligationem firmiorem pariendam adversario, non quoad religionem iurisiurandi & reatum periurii. Cæterum ex quo invaluit notarios alteri recte stipulari vid. Donel. ad *L.* 38 *tit. de V. O.* §. 17. *n.* 29. illud vix obtineri usu fori posse reor. Confer not. *d. Lib.* 12. *Cap.* 18. *N.* 6. Quid si iusiurandum generale præcessit de non impugnando ullo contractu postea gerendo? Contractum non confirmari post Castr. Afin. *de Exsec.* §. 9. *Cap.* 354. & communem vocat Ias. *h. n.* 75. referente Parlador. *d. Cap.* 4. *n.* 21. qui tamen post Bartol. Bald. & Fulgos. contra statuit. Et Sichard. *hic n* 37. *& seq.* ita valere vult si publica persona iudicis vel notarii nomine absentium receperit sacramentum. Mihi hæc opinio vel noxa hac ratione suspecta, quia ita minor ipse sibi suoque facto veniam ætatis tribuere posset, modo expeditissimo minuendi principis eminentiam, cui id soli servatum est, vid. *Cap. præced. N.* 23. Plane quod ideo conscientiæ labe immunis sit contraveniens asseverare non ausim, vid. *not. infra N.* 15

9) Ut nec minor sic iurans obligetur Donellus *hic.* & citati *supra in not. Lib.* 12. *Cap.* 19. *N.* 12. Add. Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 2. §. 5. nec ex alterius (nisi cui ad istud speciale dedit mandatum arg. *Cap. ult. de iuram. cal. in* 6. Parlad. 2. *Quotid.* 4. *n.* 22.) iureiurando. Ne quidem si tutor aut curator iuraverit, Seraphin. *Privil. iuram.* 83. *n.* 78. post plures Afin. *de Exsecut. Cap.* 135. vers. *quinto limitatur*. Atque hinc est, nec aliunde ratio petenda, quod ecclesia etiam adversus contractus iuratos prælati vel episcopi restituitur *per Cap.* 1. *& ibi Gl. ac CC. de rest. in int. in* 6. *Cap. præsentium de testib. in* 6. Seraphin. *Privil. iuram.* 83. *n.* 76. Afin. *d. Tr. C.* 136. Vasq. 1. *Contr. usufreq.* 9 *n.* 27. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 37. ita omnes, uno Curtio Iuniore dempto, sentire referens Sichard. *hic n.* 24. & Gutierr. *n.* 141. *& seq.* Etsi hi in eo fere rationem ponant, quod maius hic privilegium ecclesiæ quam minori, & inde nullo iuramento fingi possit, ut ecclesia habeatur pro maiore. Quare nec aliud in civitate & republica aut Universitate, tametsi utrobique qui nomine ecclesiæ vel collegii &c. contraxerunt, iureiurando suo obstringantur, argum. *L.* 2. *de reb. cred.* Parlad. *d. Cap* 4. *n.* 36. *& n.* 37. Quamquam si per syndicum universitas contraxit, isque iuravit, illam non restitui, etsi contraveniendo ipsa periura dici nequeat, cum animam non habeat, velit Seraphin. *d. Privil.* 83. *n* 26. & Afin. *d. Cap.* 136. Rempublicam maiorem hic haberi quoad firmitatem contractus. Vinculum autem religionis solum iurantem & mandantes afficere.

10) Consent. Coras. *ad L.* 5. *C. de LL. n.* 21. Busius *ad L.* 1. *de iureiur. n* 4. Io. Imbert *Enchirid. iuris Gallia v. Iurisiurandi effectus pag.* 212. *& seq* Barthol. Kellenbenz. *de Renunciat. success. Quæst.* 4 *n.* 10. & fere Scip. Gentil. 3. *de Donat. int. vir.* 25. ac Anton. Fab. 39 *Err. Pragm.* 2. 3. 4. *&* 41. *Err. Pragm.* 4 *&* 5. Et Duar. *ad h. tit. C.* de iure validis, sed restitutioni obnoxiis equidem loqui *præced. L.* 1. ne *d. L.* 5. *C. de LL.* pugnet. (Quod & Mudæ. *ibid. ex verb. perfidia* confirmat.) At *hanc auth.* generalius accipit, sed iniquam esse contendit ut *supra N.* 1. Quomodo & Sichard. ad *d. L.* 1. *n* 5. Nam

lent, contractus non sunt, quippe qui habeantur pro infectis. *L. non dubium, C. de legib.* Deinde quod non alii possunt retractari, quam qui iure valuerunt. Retractare enim est rescindere, quod gestum est: non rescinditur autem, aut rumpitur, quod prius nullum fuit, id est, quod prius iure non valuit. *L. 5. D. de iniust. rupt. & ir.*

Nam *L.* 1. est de confirmatione contractus per iusiurandum. Ubi id accessorii loco, ratione contractus; proinde, ait, invalido principali & ipsum iuramentum. Hinc vetus illa lis inter Bulgarum qui *d. L.* 1. de alienatione rite facta exaudiebat, & Martinum qui generalius restitutionem, quæcunque alienatio esset, negabat. Hæc lis cum totam Iurisprudentiæ scholam conturbaret, tandem Fridericum Imper. *d. auth* Martini sententiam comprobasse volunt: alias aiunt, *hac auth.* nihil *d. L. praced.* addidisset & indecisam quæstionem reliquisset. Quæ receptior opinio Franc. de Caldas ad *L.* 3. *C. de in int. rest. in definit. v. Minorib. n.* 2. quam sequitur Gutierr. *hic n.* 12. (qui corrupte Federicum vocat, ut & alios plures nostratis linguæ imperiti Fœdericum tanquam a fœdere deducatur, quod Cuspinianus *in vita Frider.* 1. *sub fin.* refellit) Et *n.* 23. ab ea, tanquam quæ usu fori probata & in mores pervaserit iudici & consulenti non discedendum esse. Et Sichard. ad *d. L.* 1. *n.* 5. Fridericum per errorem sequutum esse opinionem Martini & *hic n.* 8. dissensionem illam lege sua composuisse, ac Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 1. ad hoc (quod *h. auth.* ad irritos quoque contractus pertineat) vel sexcentos allegari posse memorat. Non desunt tamen qui *d. auth.* de nulla confirmatione contractus vel negocii, validi alias aut invalidi, exaudiunt, sed de iuramenti effectu personali vid. *not. infra N.* 16. Cæterum ipsique DD. vulgo hoc restringunt ad contractus nullos ratione ætatis, qui videlicet, si a maiore gesti fuissent iure rati forent & efficaces; veluti si res soli sine decreto alienavit, si sine curatore contraxit, Parlador. *d. n.* 1. Gail. 2. *Obser.* 41. *n.* 12. quibus exemplis passim utuntur. Nam qui contractus aut negocia, nec inter maiores tenerent, ad ea vim simplicis iurisiurandi non extendi sentiunt, sive ipso iure non valeant; ut alienatio fundi dotalis, aut rei cuius ususfructus patri est, Seraphin. *Privileg. iuramcat.* 83. *n* 43. *& seqq.* Gail. 2. *Observ.* 65. *n.* 8. sive remedio aliquo rescindi queant, ut si læsio enormis ex *L.* 2. *C. de resc. vend.* Bronch. 1. *Enant.* 62. Simoncell. *de Decret. solemn. in contract. minor. Lib.* 3. *Tit.* 8. *inspect. ult. n.* 206. *& seqq.* & alii mox citandi. Atque ita qui illinc vim *auth.* nostræ ultra verba & sententiam porrigunt, hinc & parte alia (contra eandem sententiam) minuunt & restringunt. Unde quando duos effectus simplicis iurisiurandi minoris legimus: (1) nullitatem solemnium respiciens, quo contractus validus fiat. (2) restitutionem in integrum, quo irrevocabilis, Caldas *d. v. Minorib. n.* 2. Sichard *hic n.* 56. (ubi (3) addit quod forum aducat, qui tamen non huius loci) & Gail. 2. *Observ.* 41. *n.* 12. post Ias. *hic n.* 33. *& n.* 46. id non de nullitate alia aliisve solemnibus quam quæ ratione ætatis minoris legibus exiguntur, exaudiendum, Seraphin. *Privil. iuram.* 83. *n.* 43. ne ipsi secum DD. pugnent. Apud quos decantatissimum istud: Iureiurando minorem maiorem solum fingi & haberi. Per id defectus ætatis suppleri, non alios, post alios Simoncell. *de Decret. minor. Lib.* 3. *Tit.* 8. *inspect. ult. p.* 215. Seraphin *d. n.* 43. *& seqq.* Gail. 2. *Observ.* 41. *n.* 12 *& Obs.* 65. *n.* 6. *&* 7. Cagnol ad *L.* 2 *C. de resc vend. n.* 111. Gutierr. *hic n.* 32. *& n.* 86. Fr. de Caldas ad *L.* 2. *Cod. de in int. restit. in definit v. læsis n.* 1. Afin *de Exsecut.* §. 0. *Cas.* 340. *& passim*. Convenit Azo *Summa C. si adv. vend. n.* 3. *&* 4. Quod tamen axioma Hartman. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 9. *&* 10. de *aliis* iis defectibus accipiendum vult, quorum ab ipsa sacramenti religione & observatione separata ratio haberi potest, ut est læsio ultra dimidium & similes. Non qui ab ea ita dependent, ut divelli nequeant. Veluti si filia minor iurato renunciet successioni *Cap. quamvis* 2 *de pact. in* 6 Quia enim hic omnis vis a iuramento pendet, absque quo nihil actum esset, ex quo iure canonico vinculo talis iuramenti obstringitur filia, inde pactum ipsum robur accipiat, oportet. Proinde postquam iuramentum præstitum ætatis defectum supplevit, simul etiam defectum iuris, id est, impedimentum iuris civilis, religioni iurisiurandi cedentis removit. Huc facit aliud nostrorum non minus vulgatum: Iusiurandum naturam, qualitates & conditiones omnes actus eius, cui accedit, recipere: post alios Tiraq *de iure constit. possess. P.* 3. *limit.* 7. *n.* 35 *&* 2 *seqq* Cacheran *Decis.* 41. *n.* 5. Coler. *Cons.* 2º. *n.* 275. *& seqq.* Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 4. *n.* 1. *per L. ult. Cod. de non num. pec. L. ult. Cod. de lib. ca. L. ult. D. Qui satisd. cog. Cap. quemadmodum* 25. *princ. extr. de iureiur.* Hartm. Pistor. *Lib.* 4. *Q.* 12 *n.* 2. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 9. *n* 99. *& Cap.* 27. *p.* 1. *n.* 41. Unde herbæ Betonicæ comparatur, Martin. Monter. *Decis. Arrag.* 5. *n.* 42. Item Mercurio qualitates suas pro natura stellæ, cui coniungitur, mutanti & Polypo colorem rei cui adhæret assumenti (quo de Aristot. 9. *Histor. animal.* 37. Plin. *Lib.* 9. *Cap.* 29. Plutarch *QQ. natural. Cap* 19 *& de Solert. animal.* Solin. *Polyst. Cap.* 43.) & cahibenti Beust. *ad Rub. D de iureiur. n.* 35 Et quod non augeat obligationem extrinsecus, sed intra suos limites manenti vinculum religionis & conscientiæ annectat, tradit Munnoz. de Escobar. *de Ratiocin Cap.* 4. *n.* 8 & Hering. *d. Cap.* 27. *p.* 1. *n* 43. Quam regulam declarat Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *p.* 1. §. 4. quod de natura primordiali accipi debeat, non de accidentali &c. Tametsi illam repudiet post Iasonem Moller. 1. *Semestr.* 16. *n.* 8. Sed & alia DD. regula est. Iuramento unico duos vel plures defectus non suppleri, Gail. 2. *Observ.* 42. *n.* 11. Etsi alii iurisiurandi auctoritate omnium solemnitatum defectus suppleri, Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. si adv. vend. defin.* 4. *n.* 2. Wesenb. *Cons.* 23. *n.* 22. post alios quos citat. Quare quia vigore *huius auth.* minorem solum *ficte* maiorem ex sacramento reddi putant: exinde si læsio dimidia pretii maior, restitutionem non negandam censent, eo quod & hic *vere* maior iure communi *d. L.* 2. *C. de resc. vend.* iuvaretur, Sichard. *hic n.* 45. Simoncell. *de Decret. &c. d. Tit.* 8. *n.* 212. *& seqq.* Caldas *d. v. Læsis. n.* 1. Gomez. 2. *Resol.* 14 *n.* 20. Cagnol. ad *L.* 2. *C. de resc. vendit. n.* 113. Pinell. *ibid. P.* 3. *Cap.* 1. *n.* 9. & Padilla. *n.* 33. argum. *L.* 1. *C. si mai. fact. rat. hab. al.* Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4 *n.* 24. *& n.* 29. Seraphin. *supra d. loc.* Gutierr. *hic n.* 86. Dambulter. *Praxi. civil. Cap.* 48. *n.* 30. Anton. Fab. *C. suo de in int. rest. defin.* 5. Peguera *Decis.* 153. Fachin. 3. *Contr.* 14. Bronch. 1. *Enant.* 62. Tametsi si maior ita iuraverit, ne alias iuramentum nullius sit effectus, eidem beneficium *d. L.* 2. pleriqua ea illis denegent, de qua & vid. Afin. *de Exsecut. Cap.* 128. *& seq.* Excipientes tamen, nisi nimium excedens læsio, quam enormissimum dicunt, in qua tamen definienda variant, de quo *infra N.* 20 Sed & superiorum quidam inde restitutionem indulgent, quod tam immodica læsio ipsa in se dolum contineat, Fach. *d. Cap.* 54. Seraphin *d. Priv.* 83. *n.* 97. Setser. 1. *de Iuram.* 11. *n.* 6. *& seqq.* Atqui hic non verus dolus, alioqui tam contractus quam iuramentum ipso iure non valerent ut *infra N* 20. Proinde nec restitutioni locus. Et si hæc genuina ratio, hoc in quocunque, quibuscunque verbis concepto sacramento obtinere debebit. Iam vero communis doctrina est ita quidem superesse *d. L.* 2. *C. de resc. vend.* aliudve remedium minori, si vel iuravit se non contraventurum ratione ætatis, (qui casus minus dubii habet ex brocardico illo: Limitatæ caussæ effectus quoque talis) Simoncell. *d. Tit.* 8. *n.* 207. Vel simpliciter se contractum servaturum, non contraventurum. Secus si vel aperte iuravit se nec ratione læsionis aut minoris pretii impugnaturum contractum; vel si ita late verba concepta, quod nec ætatis beneficio uti, nec alia quacunque ratione vel caussa contra venire velit. Simoncell. *d. Tit.* 8. *n.* 211 *& n.* 215. *& seqq.* Pinel. *d. n.* 9. Afin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 339. *n.* 2. *fol.* 945. Parlad. *d. Cap.* 4. *n.* 29. Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 44. Guttierr. *hic. n.* 88. ubi hanc cautelam notandam dicit contracturus cum minoribus. Qua tamen, ne adulti in illis circumscribendis abutantur, graviter monet Parlad. *d. n* 29. Hinc gravis disceptatio si iuraverit minor se non impugnaturum *quacunque ratione* (si nempe illa non præcesserint *nec ætatis nec alia &c.* item *nullo modo, pacto vel via*) anne remedium læsionis amittat? Vulgaris opinio affirmat ea vi voculæ universalis. Quam tamen alii restringunt & cohibent ut intelligatur *nulla* scilicet ratione ætatis, Simoncell. *d. loc. n.* 123. (modo, ait, quoquo modo ea aliis instrumenti contentis restrictio fieri possit, ut si in eodem dicatur: *sciens se minorem esse &c. leg. L. Titia,* 135. §. 1. *de V. O.*) Et æquiorem ac veriorem vocat multisque propugnat Seraphin. *d. Privil.* 83. *n.* 97. *& seqq.* subdens tamen *sub fin. n.* 111. a probatiore alia consulendo & iudicando tuto non discedi.

& ir. fac. test. Quid ergo dicemus, si quid pubes gesserit, contraxerit, quod ipso iure non valeat, quia improbetur iure civili, & tamen iuraverit se id servaturum; an iusiurandum hac constitutione non teneri, necesse in ea caussa, ut invito sit servandum, non obstare denique, quominus pubes quod ex ea caussa tradidit, recte revocet; quod non tradidit, iure suo retineat, ut fieret nullo interposito iureiurando? Exempla hæc sunt. Pubes [11] curatorem habens res aliquas vendidit sine curatoris auctoritate. Iure nihil actum est. *L.* 3. *C. de in integ. restit. min.* Idem curatoris auctoritate prædium vendidit, sed sine decreto magistratus. Nulla est alienatio: quia lex prædia minorum sine decreto alienari vetat. *L.* 1. & toto Titulo *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. L. si quidem, C. de præd. mino.* Item uxor pubes marito prædium dotale alienanti consensit. Nulla hæc quoque alienatio est, quæ lege inhibetur. *Instit. quib. al. lic. vel non.* in prin. Finge tamen puberem in his omnibus interposuisse iusiurandum, nihil se adversus ea quæ convenilient, facturum. Quæro, an non impediatur hoc iureiurando, quominus res quæ iure ipso eius manserunt, vindicando recte revocet; si ab eo petantur, iure suo retineat, ne cogatur in his iusiurandum servare. Et si verba huius constitutionis sequimur, dicemus nullam hic necessitatem esse servandi iurisiurandi, sed puberi integrum esse, ut ante, & vindicationem rei suæ, & retentionem: quia constitutio de contractibus puberum non retractandis loquatur; in superioribus autem caussis cum pubes adversus superiores conventiones res revocabit, aut retinebit, non possit dici agi de eius contractu, qui nullus fuit; retractari contractum, qui ipso iure non constitit. Sed de sententia constitutionis, & auctoritate reliqui iuris dubitari potest, num hæc etiam in iis contractibus qui iure non valent, eandem necessitatem inducant. Nam hac constitutione, ut & *L.* 1. *C. eod. tit. si adv. vend.* id agitur, ut inhibeatur periurium. Videtur autem pariter periurium admitti, sive contractus valuit, sive non valuit, ubi iuratus contra iusiurandum facias. Nec quem significatio superiorum verborum moverit. Non enim novum est verba abusive accipi, ubi sententia legis postulet: ut quod in hac constitutione dicitur de contractibus non retractandis, abusive dictum intelligatur etiam de his, qui ita habiti sunt a contrahentibus, ut contractus essent, & tales ab his haberentur, iure tamen perfecti non essent. Nam & alias testamenta proprie illa dicuntur, quæ iure perfecta sunt: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quæ falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta: placetque & de his testamenti verbum accipi in edicto de testamentis aperiendis, ex edicti nimirum sententia, *L.* 2. *§.* 1. *D. testa. quemad. aper.* Ego autem iisdem istis rebus, sententia, inquam, huius constitutionis & auctoritate reliqui iuris moveor, ut existimem in his contractibus qui iure improbantur, nihil obstare non dico minori puberi, sed nec cuivis alii etiam maiori interpositum super his iusiurandum, quominus quæ ex huiusmodi contractibus secuta sunt, recte revocet, in eoque actionibus & retentionibus suis veteribus integris iure utatur. Auctoritas quidem iuris veteris & anteriorum legum in hac re certa est: qua ita constitutum est, ut ea, quæ lege fieri probibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur. Sed etsi quid fuerit subsecutum ex eo, hoc item cassum sit atque inutile, ac secundum hanc regulam nec stipulatio huiusmodi teneat, nec mandatum ullius sit momenti, nec sacramentum admittatur. Hæc proprie totidem verbis cauta in *L. non dubium,* circa finem. *C. de legib.* in quam sententiam & veterum iuris auctorum sententiæ conveniunt, ut *L. iurisgentium, §. si paciscar. D. de pactis. L. si quis inquilinos,* 112. *§. ultim. D. de leg.* 1. [12] Quo iure posito, facile respondetur de periurio, cuius metu videbatur hic quoque iusiurandum esse servandum ex *L.* 1. *Codic. si adv. vend.* Nullum est enim periurium

11) Exemplum non conveniens. Nam contractum hunc iure communi subsistere, si nihil aliud obstitat, verius est vid. *supra Lib.* 12 *Cap.* 22. *N.* 7. Tametsi & DD. vulgo hoc eodem exemplo passim utantur, dum *auth. b.* ad contractus iure nullos porrigunt, ut *N. praced* Atque eo ipso quod iureiurando maior fingitur, contractus iuratos sine curatore valere arguunt Wesenb. *Cons.* 213. *n* 21. *&* 33. Afin. *de Ex;ecut.* §. 9. *Cap.* 339. & passim. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 3. Penitusque ab aliorum opinione alienum, quod Senatui Sabaudiæ placuit, Anton Fab. *C. sub hoc tit. de fin.* 5. *&* de *Rest in int. defin.* 13 nec contractus puberum iuratos sine curatoribus, quos habent, valere, eo quod hi impuberibus comparandi sint. Etsi idem sentiat Barth. Kellenbenz. *de Renun.iat. succeß. Quaß.* 4. *n.* 10.

12) Ad hoc respondit olim Martin. referente Sichardo *ad L.* 1. C. *hoc tit. n.* 6 & Gutierr *hic n* 14 loqui *dd. LL.* de actibus perpetuo vetitis, ex perpetua caussa, veluti ne quis occidat, matrem uxorem ducat. Cuiusmodi non sit alienatio rerum soli sine decreto, quippe multis casibus licita. Et Ias. *hic* & Gutierr. *ibid.* accipit *d. L* 5 de negociis iure communi prohibitis Secus quæ iure speciali certis personis &c. add. Covar. *ad Cap. quamvis.* 4. *de pact. in* 6. *P.* 2. *pr. n.* 7. Gail. 2. *Observ.* 39. *n.* 16.

iurium, ubi nullum iusiurandum præcessit, adversus quod facias. Hic autem iusiurandum adversus leges interpositum pro nullo esse effectum est. Quod ad sententiam huius constitutionis attinet, hæc præcipue revocatur in dubium ab interpretibus. Concedunt omnes verba constitutionis, si proprie loqui volumus, non pertinere ad ea sacramenta, quæ interposita sunt super iis contractibus, qui iure improbantur. Sed maximæ parti videtur sententia constitutionis ad eos etiam contractus pertinere: ut quamvis pubes quid gesserit, contraxerit, quod iure ipso non valeat, quia sit contra leges, si tamen sacramentum interposuerit, nullam se de eo controversiam moturum, nihilominus is iureiurando teneatur, quod adversus eum debeat inviolabiliter servari ex huius constitutionis sententia. Hoc sic interpretatur Accursius in verbo, *contractibus*, hic. Quod, ut dixi, maxima pars interpretum secuta est. Utitur autem ille hoc argumento, quod nisi constitutio hæc generaliter accipitur tam de iis contractibus, qui iure ipso non valent, quam qui valent; nihil ea adiicit iuri veteri, id est, legi Alexandri, quæ est *L. 1. C. eod. tit. si adv. vend.* Atque hoc modo constitutio fit supervacua & inutilis. Nam lege Alexandri de iureiurando in contractibus puberum legitimis servando satis cautum erat. Optimum argumentum ad id efficiendum, quod volunt, si modo verum esset, quod ab illis sumitur. In omnibus enim legibus, testamentis, contractibus hæc perpetua lex interpretationis servatur, ut si quid ex verbis quoquo modo accipi potest, sine quo lex aut oratio sit inutilis, id ipsum sumi debeat, quasi id senserint ii, quorum ea oratio est, quibus propositum fuit aliquid agere. Utputa; lex ambigua oratione utitur, aut utitur ita generali, ut dubites ad omnes species, an ad certam aliquam pertineat. In hac ambiguitate & incertitudine verborum placet id esse accipiendum, sine quo alioqui lex foret supervacua, ut declaratur exemplo *L. 1. circa finem. D. ad municip.* Amplius dicimus, quod propius hunc locum attingit, si quid lege aut testamento cautum sit eo verbo, quod nisi improprie & abusive accipiatur, cautio futura sit inutilis, placere hanc ipsam impropriam & abusivam significationem accipiendam esse, quo mens legis aut testatoris retineatur, ne scilicet oratio eius sit supervacua, qui aliquid agi voluerit. Quod & ipsum declaratur apposito exemplo in *L. si quando*, 109. in pr. *D. de leg.* 1. Testator legavit uxori suæ, quæ vivus ei donaverat. Si proprietatem verbi, non abusum hic sequi volumus, dicemus non contineri legato eas donationes, quas maritus in uxorem constante matrimonio contulit. Hæ enim donationes improbantur legibus. *L. 1. 2. 3. D. de don. int. vir. & uxo.* Et quæ donationes iure non consistunt, re vera donationes non sunt, quia iure pro infectis habentur, uti alia omnia, quæ contra leges fiunt. *d. L. non dubium, C. de legib.* Atqui Africanus contra in *d. L. si quando*, respondet superiore legato non alias donationes contineri, quam istas ipsas, quæ iure non valuerunt. Non utique ex significatione verbi propria, sed ex abusu; & hoc, inquit, quia videatur testator de his solum sensisse: videatur autem ideo, alioqui frustra legaturus fuerit, &c, ut idem postea aliis verbis repetit, quia legatum futurum fuerit inutile. Quibus exemplis concedo recte colligi, etiam in hac constitutione Friderici, quod dicitur de contractibus puberum ob sacramentum ab his interpositum non retractandis ex sententia loquentis abusive & improprie dictum accipiendum esse etiam de iis contractibus, qui iure non valuerunt; si modo aliter interpretantibus constitutio futura sit supervacua, &c, ut Accursius scribit, si ea constitutio alioqui nihil adiiciat iuri veteri. Ratio igitur, ut dixi, optima & consequens, si modo etiam verum sit, quod ille sumit, constitutionem hanc nihil adiicere rescripto Alexandri superiori, quo de eodem iureiurando minorum cautum est. Hoc vero illi concedi non oportet, quod utriusque legis collatio proposita multis modis falsum esse declarabit, & quidem ita, ut quamvis intelligamus constitutionem hanc cavere solum de sacramentis puberum interpositis super contractibus iis, qui alioqui iure valuerunt: nihilominus appareat constitutionem de eodem genere non modo non esse inutilem, sed etiam multis modis esse necessariam: quia & pleraque adiiciat rescripto illi Alexandri, nonnulla detrahat: denique quia pleraque in illa temperet, atque interpretetur. Atque hæc illa sunt videlicet, lex Alexandri de minore indefinite & generaliter loquitur: constitutio Friderici ætates minorum discernit, & iubet puberum dumtaxat sacramenta servari. Lex Alexandri scripta est tantum de iureiurando in venditione minoris interposito servando: constitutio Friderici generalis est, cavens hoc idem in contractibus puberum omnibus. Alexander exi-

exigit in iureiurando minoris, ut corporaliter præstitum sit: Fridericus de iureiurando præstito simpliciter idem cavens declarat nullum se eiusmodi corporalem tactum ad vim iurisiurandi desiderare. Sed ne hæc leviora persequar, unum animadvertendum est inprimis necessarium, cuius etiam unius caussa constitutione Friderici vel maxime caveri debuerit, & ius illud superius rescripto Alexandri comprehensum temperari. Et vero ita constitutio Friderici scripta est, ut liquido appareat eam ad illud ipsum temperamentum constituendum in eadem specie fuisse ex professo comparatam. Quid enim Alexander illo rescripto? Generaliter & sine exceptione confirmat iusiurandum minoris, negatque se cuiquam perfidiæ & periurii auctorem futurum. Quod sane & ad eos, qui vi coacti iurassent, pertinebat. Hic ergo commodum providit Friderici constitutio, ne sic acciperetur, eoque addidit exceptionem, atque ita cavit, ut sacramenta minorum puberum interposita in rebus, quæ ab iis contractæ essent, servarentur illa quidem, ut Alexandri rescripto constitutum erat: sed ita, si sponte facta essent. Per vim autem extorta neminem tenerent, ac ne maiores quidem. Non est igitur verum, constitutionem hanc Friderici nihil adiicere iuri veteri, eoque esse supervacuam, nisi in ea contractuum verbo intelligimus etiam eos qui vere non sunt, quia iure improbantur. Quod cum ita sit, recte iam defendemus non modo non hanc sententiam esse huius constitutionis, ut sacramenta puberum super contractibus contra leges habitis interposita servanda sint, ut potius contra hanc constitutionis sententiam esse statui debeat, non esse servanda. Quæ mens & sententia constitutionis multis argumentis iuris civilis comprobatur. Mitto, quod cum ex verbis exquiritur sententia alicuius scripti, generaliter ita traditur, nunquam a significatione verborum recedendum esse, nisi cum manifestum est aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter*, *D. de leg.* 1. Nihil autem hic proponitur, unde dici possit manifestum esse, Fridericum de contractibus non retractandis loquentem a significatione propria horum verborum recedi voluisse, ut contractus illiciti continerentur, qui non nisi abusive & contractus dici possent, & iidem retractari. Illud ad sententiam posterioris huius constitutionis indicandam magis pertinet, quod prioribus legibus constanter ita ius constitutum fuit, ne iusiurandum de re contra leges contracta interpositum valeret. Sic enim in toto iure posteriorum legum sententia accepta est, ut dum hæ aperte non essent contrariæ, & maxime si alioqui supervacuæ non essent, placeret eas non modo non derogare prioribus, sed etiam si quid in his esset ambigui aut obscuri, ex prioribus esse interpretandas, totumque ad priorum sententiam referri. Indicant illæ sententiæ: ut priores leges ad posteriores; sic posteriores ad priores trahi, nisi sint contrariæ. *L. non est novum*, *L. sed & posteriores*, *D. de legib.* Item; quod posteriore lege specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere. *L. præcipimus*, in fin. *C. de app.* Item; credendum non esse Romanum Principem, qui iura tuetur, velle priores constitutiones recte positas, verbis non aperte id significantibus everti. *L. si quando*, in pr. *C. de inoffic. testam.* Quare cum constitutio Friderici specialiter & aperte non iubeat valere iusiurandum interpositum super iis contractibus, qui iure improbantur: cum adeo verborum significatio refragetur: planum fit, quod supra posui, constitutionem hanc ut verbis, sic nec sententia ius vetus mutare, quod in isto genere contractuum sicut contractum, ita & iusiurandum confirmandi caussa interpositum pariter improbat. Proinde quod puberes contraxerint lege vetante, in eo neque contractum ipsum per se valere, neque ullo iureiurando de ea re in fraudem legis interposito iurantem teneri; idque effici iure civili, & vetere illo, & hoc novo. Quominus autem dubitemus, id statuere, sciamus id salubriter & recte constitutum. Nam cum leges bonæ sint, quæ quid fieri aut contrahi vetant; non potest non videri improba contumacia eius, qui [13] quovis modo conetur his obluctari, & pervincere, ut fiat, quod illæ factum nolunt. Cum autem earum etiam publica sit auctoritas, quibus omnes qui in civitate sunt, parere oportet: *L. 2. D. de legib.* absurdum est esse in potestate cuiusquam privati, cum libet, legem infringere, & cum recta non possit, concedi ei fraudem comminisci, ut quod aperte contra legem facere non potest, id commento quæsito alia via consequatur: quod futurum est, si ius-

13) Convenit Ant. Fab 41. *Err. Prag Cap.* 5. ubi statuit iuris Canonici constitutiones de confirmationibus actuum iure invalidorum, veluti *renunciationis*, *successionis* &c. stricte accipi, nec ad alios casus protrahi debere. Neque enim ullam ita generalem esse ut omnes conventiones iuratæ, quantumcunque legibus adversæ valerent. Alias legum, ait, omnium violandarum, prætextu adhibiti iurisiurandi, occasio captari poterit.

ſi iuſiurandum recipitur ad firmandum id quod lex fieri noluit. Minime vero hæc fraus ad bonas leges eludendas in quoquam privato ferenda eſt. Atque hinc illa dicta ſunt: ius publicum pactis privatorum mutari non poſſe. *L. ius publicum, D. de pact.* Item, privatorum cautione legibus non eſſe refragandum. *L. quod bonis, §. 1. D. ad leg. falc.* Item, quod una via prohibitum eſt, id alia admitti non debere. *C. cum quid de reg. iur. in vi.* Atque hæc de huiuſmodi iureiurando ioris civilis conſtitutio eſt.

Sed quod dicimus iuſiurandum adverſus leges interpoſitum hoc iure non valere, nec quemquam eo teneri, quaſi fruſtra interpoſito; videndum, an æque probandum ſit ex verbo Dei. Nam ſi verbum Dei contra hoc iuſiurandum ſervari iubet, nequidquam hic obtenduntur civiles & politieæ leges: cum voluntas & lex Dei ſumma ſit lex & æterna, cui leges & conſtitutiones humanas omnes ſubiici ac cedere oportet, iuxta illud *Act.* 4. Deo obediendum eſſe magis, quam hominibus. Paucis igitur, quid hic ex verbo Dei liceat, aut non liceat, videamus. Ego autem ſic iudico, [14] quod contra leges civiles interpoſitum ſit iuſiurandum, pariter & legibus civilibus, & verbo Dei improbari, ut neutro iure obligationem adferat, quo neceſſe ſit ſervari. Id autem ſic breviter colligi poteſt. Nullum turpe aut illicitum iuſiurandum, nullum quod ſit adverſus voluntatem & legem Dei, quatenus tale eſt, eſt ſervandum. Omne autem iuſiurandum, quod interponitur, ut fiat, quod lex civilis fieri non vult, puta ut obligetor, quem lex obligari vetat; turpe eſt & illicitum, atque adeo contra ipſam legem Dei. Nullum igitur, quatenus adverſus legem hæc obligatio petitur, eſt ſervandum. Quæ hic ſumuntur, non obſcura eſſe arbitror. Primum convenit inter omnes, nullum illicitum iuſiurandum, & contra legem Dei eſſe ſervandum: optima ratione, quam eruditi quidam Theologi hic reddiderunt. Quod enim Deus fieri non vult, id nec iuratos, nec iniuratos vult facere. Idque & Pontificii iuris auctores non uno loco agnoſcunt. Huc enim illa pertinent: non eſt obligatorium contra bonos mores iuſiurandum: *C. non eſt obligatorium, de reg. iur. in vi.* & iuſiurandum non eſt vinculum iniquitatis. *C. inter cætera, 22. q. 4. c. quanto, extr. de iureiur.* Iam vero teſtatur D. Paulus ad *Rom. c.* 13. magiſtratum, eoque & magiſtratus bonas leges eſſe ordinationem Dei, & qui magiſtratui, eoque & magiſtratus legibus reſiſtit, ordini Dei reſiſtere: ut plane verum ſit illud alterum quod poſui, ſi quod iuſiurandum adverſus leges civiles interponitur, id adverſus ordinationem, id eſt, voluntatem & legem Dei interponi. His vero poſitis efficitur omnino, quod dixi, hactenus huiuſmodi iuſiurandum tanquam illicitum non eſſe ſervandum. Licet hoc idem adverſus pleroſque iuris Pontificii interpretes hoc modo colligere. Volunt illi, & recte volunt, non eſſe obligatorium contra bonos mores iuſiurandum. *d. L. non eſt obligatorium, de reg. iur. in vi.* nempe ideo, quia quod contra bonos mores eſt, idem eſt illicitum & turpe. *L. 5. D. de pact. dot.* Di-

14] Quicquid noſter hic ſatis argute & ſpecioſe diſputet, eius tamen ſententiæ abſolute & ita indiſtincte accedere religio eſt. Quin cum ex iureiurando duplex obligatio oriatur: altera quæ civilis recipienti iſtud acquiritur; altera ſpiritualis & primaria quæ ipſi Numini Divino *Pſ.* 50. v. 14 Matth. 5. v. 33. *Cap. debitores.* 6. *Cap. etſi Chriſtus* 26. *de iurei. Cap. quacunque* 9. *Cap. ecce* 10. *Cap. iuramenti*, 12. *Cap.* 22. *Q.* 5. *Cap. un.* 30. *Q.* 2. Covar. *ad Cap. quamvis*, 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. § 5. *n.* 1. Fortun. Garcia. *ad Cap.* 1. *de pact. n.* 109. Fachin. 8. *Contr.* 102. Illa quidem prior lege civili ne oriatur impediri poteſt; iuſteque leges ſanciri queunt, ne detur actio ei qui illicitum exegit iuſiurandum cum & improbitas eius pœnarum ſeveritate coerceri debeat: aſt, poſterior nullo pacto eludenda. Nec vinculum iuriſiurandi quod ex divinæ legis fontibus animam & conſcientiam ligat, ulla humani legiſlatoris diſpoſitione relaxari aut inde nata obligatio immutari poteſt, *ut nec vulgo in Cap.* 1. *& C. debitores* 6. *extr. de iureiur.* Seraphin. *Privileg. iuramen.* 83. Garcia. *ad d. Cap.* 1. *n.* 116. *p.* 114. Aſin. *de Exſec.* §. 9. *Cap.* 165. *fol.* 747 *& ſeqq. & Cap.* 339. *fol.* 939. Io. Emeric. Rosbach. *Miſc. Q.* 1. & relati a Rauchb. *P.* 2. *Q.* 4. *n.* 74 *& ſeq.* Quotieſcunque igitur qui conſcientiam Deo obſtrinxit, illud quod pollicitus implere citra peccatum & abſque alterius iniuria poteſt, toties debet, omniſque privatæ rei iactura conſcientiæ periculo poſtponenda. Etſi in eo peccaverit forte quod iuravit. Nam leges civiles ſuum tantum ſubſidium negare poſſunt. Et ſane ioſtitiam negant, vetantes ne contractus tales iurati ineantur, atque ut contra facientes plectantur vel mulctentur. Aſt quatenus iuramentum eſt res ſpiritualis conſcientiam religione & Numinis metu adſtringens, nihil in illud ulli legiſlatori ſupremo Principi. Sed nec vere dicitur quemcunque contractum legibus irritum ineuntem eo ipſo peccare, nedum iuſiurandum quod ei acceſſit ſemper turpe eſſe ut noſter hic. Nam, ut præter alios (ne immorer plurium ſententias congerendo) Petr. Barboſa *in L.* 1. *D. Sol. matrim. P.* 1 *n.* 69. *& ſeqq.* quando Lex quid diſponit in favorem alicuius, non eſt eius intentio contravenientem obligare ad peccatum. argum. *L. nulla* 24. *de Legib.* Quippe Lex eius indemnitati ſolum conſulere voluit, dum quod adverſus ſuam prohibitionem g ſtum irritum facit. Veluti: Lex Iulia vetat alienari fundum dotalem. Eius vigore mulier alienationem revocare poteſt. Sed non neceſſitas imponitur a lege, ut revocet. Quare ſi ratam manere ſinat, nil peccat. Et inde ſi alienatio iureiurando firmata, valida eſt. Quin etſi daretur iurando peccaſſe alienantem, non tamen ſequitur non teneri obſervare, in cuius obſervantia non vertitur peccatum. Nam & cum Lex vetat iuramentum interponi, etſi iurando peccetur, tamen ſi, quod iuratur, non continet in ſe peccatum, ſervandum eſt. Quia etſi L. vetare poteſt ne iuretur, non tamen ne iuratum ſervetur, ideoque ſervando non peccatur. Lex poteſt irritare ſimplicem promiſſionem qua obligatio ſoli parti quæritur (addo & efficere ne accedente iuramento efficax fiat, aut vires civiles ſortiatur) non autem iuratam qua obligatio Deo quæritur, quam legiſlator ut inferior tollere non poteſt, &c. ita Barboſa Adde Aſin. *de Exſec.* §. 9. *C.* 339. *fol.* 941. *&c. & infra N.* 16.

Dicamus igitur eadem ratione, non esse obligatorium contra bonas leges & constitutiones iusiurandum: quia & hoc sit adversus ordinationem Dei. Proinde & ipsum illicitum, nec magis ratum habendum. Quid ergo, dicet aliquis, si minor quid vendidit sine curatoris sui auctoritate; si vendidit prædium sine magistratus decreto: & utrobique iuravit, se adversus venditionem nihil facturum: non licet ei quæ vendidit tradere, aut quæ tradidit, non repetere; non licet denique ei venditionem voluntate sua ratam habere, ut si ratum habet, aliquid illicitum faciat? Immo vero licet & per leges civiles, & per verbum Dei: nihil enim horum fieri prohibetur. Sed nos non de his factis, verum de obligatione iurisiurandi ab initio interpositi quærimus. Hoc vero ab initio vetatur sic interponi, ut quemquam obliget contra, quam lex promittentem obligari voluit. Ideo ea gratia interpositum, tanquam hactenus illicitum & contra legem, non obligabit. Itaque qui iuravit se quid de suo traditurum, aut traditum non revocaturum, id servabit, si volet. Sed intelliget si facit, se sua sponte id facere, & tanquam donationis caussa: ut autem faciat, iureiurando, quod ad obligationem contra leges inducendam illicitum, eoque & inutile fiat, non teneri. Hic tamen obstant nonnulla, quæ qualia sint, paucis cognoscamus. Primum obiicitur præceptum legis divinæ notum, *Non usurpabis nomen Domini Dei tui temere*, seu frustra: quo effici videtur, ut quod hic iuratum est, præstari debeat: sic enim fiet, ne frustra sit iuratum. Sed non hæc huius præcepti sententia est. Præceptum exigit, ne tum cum usurpatur nomen Domini, usurpetur temere & frustra; proinde ut si iuratur quid futurum, ne temere & illicite iuretur. Ita in proposito ei, qui contra legem contrahit, præcipitur, ne quid hic iuret se facturum, quo adversus eam legem obligetur. Quod si fecerit, non dubitabimus, quin usurpans nomen Domini adversus legem, quia illicite fecit, statim ab initio adversus hoc præceptum commiserit. At non item præceptum eo pertinet, ut si quod ab initio iuratum sit illicite, id necesse sit præstari postea. Quinimmo id fieri potius hoc eodem præcepto prohibetur. Nam si eum qui illicite iuravit se quid præstaturum, id agens, ut contra legem ad eam rem obligaretur, volumus tanquam obligatum id præstare propter nomen Domini ab eo usurpatum: quid aliud, quam volumus eum in eadem temeraria nominis Dei usurpatione perseverare, confirmantem facto id, in quo se prius illicite & contra legem obligari voluerat? Sufficit igitur ab initio iusiurandum esse illicitum, ut ex hoc præcepto non sit servandum. Obiicitur præterea illud ex *Psal.* 50. quo iubemur reddere Domino Deo vota nostra. Sed & hoc convenit inter omnes dictum esse de votis licitis, non illicitis. Idque verba satis ostendunt. Non enim potest dici aliquid reddi Deo, nisi quod ille recipit. Illicita autem vota non modo non recipit Deus, sed etiam aversatur. Proinde frustra illicita vota iubeantur illi reddi, quæ ipse nec exigit, nec agnoscit. Postremo obiicitur illa sententia *C. cum contingat*, in fin. *ext. de iurei.* qua definiunt, omne iusiurandum esse servandum, quod sine detrimento salutis æternæ potest servari: ubi detrimentum salutis æternæ vocant æternum interitum; qui in sacris literis dicitur mors æterna. Huius autem mortis & interitus caussa est peccatum, iuxta illud; *stipendium peccati mors.* Ita hoc intelligi volunt, omne iusiurandum esse servandum, quod servari potest sine peccato. Quid autem minor, delinquere intelligitur, si ex contractu adhibito iureiurando fundum suum penes possessorem esse patiatur, quod sine iureiurando atque alia conventione suo iure apud illum esse recte pati potuit? Et iam dixi ac nunc quoque idem verum esse agnosco, eum qui id faciat, nihil delinquere. Sed an ad id iureiurando fuerit obligatus, cum contractum & obligationem iure inhiberi constaret, hoc illud est, de quo nunc quæritur. Quam ad rem si refertur superior sententia, & in hac quoque specie, quia quod promissum erat, sine peccato præstari potest, ideo iusiurandum servandum esse, idest necessitatem præstationis adferre, intelligit: hactenus (***) *veram non esse fatendum est.* Semper enim tenebimus, omne iusiurandum

(***) Immo sententia *Cap. cum contingat* & in eo in quo displicet Donello verissima; eamque facile tuentur omnes pontificii iuris interpretes. Opportune vero monet Vir exquisitissimo iudicio Cl. Osualdus in hunc Donelliani operis locum *N.* 14. Argumenta quibus communem pontificii iuris interpretum sententiam convellere, suamque stabilire conatur Donellus, speciosa & arguta potius esse, quam solida. Quæ eadem Donelli sententiæ qualiacunque momenta refellit *ibidem* doctissimus Hilligerus. Hanc quoque Donelli opinionem gravi censura perstringit Emman. Gonzal. in *Comment. Cap. cum contingat* 28. *extr. de iureiur.* n. 11. ubi affirmat *merito esse ab Ecclesia damnatam.* Vid. eundem cit. loco n. 10. 11. consule omnino Osualdum *cit.* N. 14. & alios ab eo laudatos. Covarruviam præsertim in *Relect. Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. 2. *P.* §. 1. *n.* 5. 6. 7. §. 2. *n.* 6. 7. Gutierez *in repet. Auth. Sacramenta* (*od. si adv. vendit. n.* 9. usque *ad N.* 31. *&* *a n.* 35. *ad n.* 38. Petrum Barbosa *ad cit. D. Sol. matrim. L.* 1. *P.* 1. *ad n.* 61. *ad* 71.

dum adversus legem interpositum, idest, ut id fiat, quod lex vetat, quia adversus ordinationem Dei interpositum sit, statim ab initio esse illicitum: hinc evenire, ut nec quemquam obliget: quia absurdum sit, ut obliget eum, quem lex & ordinatio Dei obligatum nolit: atque ita etiam fieri, ut, quomodo isti loquuntur, nullum huiusmodi iusiurandum sit obligatorium. Stet igitur hæc sententia, quemadmodum adversus leges conventio interposita non valet; sic nec interpositum de eadem re iusiurandum valere ad obstringendum eum, quem lex obligari noluit: idque ita ius esse non tantum ex legibus & constitutionibus civilibus, iisque & veteribus, & hac nova Friderici, sed etiam ex verbo Dei, quod leges civiles bonas tanquam ordinationem Dei agnoscit, & ita his subiici nos iubet. Ut ergo ad constitutionem redeam, summa sit hæc huius loci: quod dicitur in hac constitutione, sacramenta puberum esse servanda interposita super contractibus eorum non retractandis: sciamus de iis contractibus dictum esse, qui vere contractus sunt, quia iure valent, & eo iure obligationem pariunt; de quibus ipsis puberes qui contraxerunt, id agunt, ut retractentur adversus iusiurandum a se interpositum, quod alioqui sine iureiurando beneficio ætatis consequi poterant. Ad eos contractus non pertinere, qui iure improbantur: non solum quia verba hoc genus non admittant; cum nec proprie contractus sint, quibus non contrahitur obligatio, nec dici possint contractus retractari, qui nulli fuerunt: sed etiam quia sententia constitutionis repudiet, quæ postulat, ut si quid hic ambigui aut obscuri est, sic accipi debeat, non ut derogetur prioribus legibus, quæ aperte & specialiter non mutantur: sed potius ad eas remittatur, ex quibus interpretationem & legem accipiat: præsertim ubi ita interpretantibus lex hæc posterior aliquid prioribus adiiciat, eoque non sit inutilis aut supervacua futura. Diximus autem ante hanc legem certi & perpetui iuris constitutionem hanc fuisse, ut si quid contrahatur lege refragante, quemadmodum contractus non valet, & factum pro infecto est; ita nec valeat iusiurandum de eadem interpositum, utpote adhibitum ad eludendas bonas leges. Quod ipsum quanvis cautum civilibus legibus ne quis propter auctoritatem verbi Dei repudiaret, etiam verbo Dei consentaneum esse ostendimus.

Ait Fridericus, *inviolabiliter custodiantur*. Hoc cavet, ut sacramenta puberum interposita super iis contractibus, de quibus diximus, idest, qui iure ipso non improbantur, inviolabiliter serventur. Inviolabiliter valet, ita, ut sacramenta huiusmodi [15] nullo iure, nulloque remedio rescindi ac per hoc violari possint, neque ab

15) Scio Bart. *hic n.* 15. & sequaces Sich. *hic n.* 15. distinguere in rem concepta ne sint verba legis aut statuti, veluti ne contractus minoris sine auctoritate curatoris, mulieris sine consensu propinquorum valeat: an in personam sic: ne minor mulier, sive &c. contrahat. Ea tamen distinctio ipsius contractus & actus confirmationem, non item vinculum religionis personale respicit, & ad illam refertur. Quin & a plerisque reprobatur tantam hic spectari volentibus num lex principaliter in favorem eius, cui vetat, & utilitatem privatam lata sit, cum non verba sed effectum rei spectari deceat. Covar. *in cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1 §. 2. n. 14. & passim Seraphin. *Priv. iuram.* 83. n 70. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 53 Gutier. *hic n.* 35 *& seqq.* qui probabilius hoc esse, ideoque iudici & consulenti sequendum testatur. Et tamen hi ipsi de comprobatione actus invalidi, quoad vires civiles ac effectus legitimos, loquuntur. In quo sane illis assentiri nolim, tametsi quin usu fori obtineri possit, non valde ambigam. Sicuti nec illud usquequaque mihi probatur, quod aliis casibus quibus ipsum contractum non firmari volunt; nec remedio civili locus, ad forum ecclesiasticum recurri posse sentiunt, eiusque iudicem vel præsulem censura competenti, & fulmine anathematis ad præstandum id de quo fidem suam obstrinxit adigere per *C. ult. de foro comp. in* 6. Asin. *de Exec.* §. 9. *C.* 165 *fol.* 748. Quin rationem hoc facere puto, ne ullum remedium ei qui illicite iusiurandum exegit, indulgeatur, quoties iurando peccatum est. Fere enim accidit ut plus peccet qui recipit, quam qui præbet sacramentum, non solum quando id natura turpem præstationem continet Nov. 51. *pr.* ubi æqualis utrinque nominis Divini profanatio. Sed & quando res promissa sine peccato præstari potest, præsertim in terminis *auth.* nostræ, ac quoties lex ratione personæ obligati contractum iniri vetat, veluti mulieri sine licentia propinquorum. Nam hic simplicitas sexus, ætatisque imbecillitas, si non omnino, ast quadantenus a peccato excusant. Adhæc ipse eventus, dum damnosam conventionem inierunt, eosdem a malitia immunes arguit, unde iis subveniri ratio politica suadet. Quæ quidem in foro civili suis sibi merito constat viribus. At tanti non est ut fortiorem religionis rationem in animæ iudicio vincat. Contra in eo qui recepit & ab initio apertior malitia, plerunque ipso etiam eventu, dum minorem mulieremve circumscripsit testatur, neque ullus illius favor contractum sustinere, sed eiusdem odium irritari eum suadet. Et eadem perseverat, dum veluti ex delicto suo improbum lucrum, quod antea captavit sive coram iudice sæculari sive ecclesiastico exigit. Cum & suæ turpitudinis ipse assertor sit. Qua ratione leges quorundam vetantes non solum ne tales contractus ineantur, sed & ne super iisdem iuretur ut *supra N.* 1. probandas censeo. Parumque abest, quin eis accedam, qui *hac auth.* male rebus minorum consultum, adeoque improbandam statuunt ut *supra eod. N.* 1. Aut saltem ut reverentior sim maiestatis legum, (ex quibus, non de illis iudicare convenit,) cum Pinello ad *L.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 3. *C* 1. *n.* 10 dicam probe perpendendum sacratissimis principibus num ex usu Reip. hæc iura sint, num potius eadem aboleri expediat. Quid ni enim exemplo iuris Lusitanici sanciri apud nos posset, ne contrahens cum minore iusiurandum unquam exigat, neve illi præbeatur, pœnæ gravis in utrumque (maioris autem in eum qui receperit) adiectione. Quo pacto minus sane iuraretur, proinde rariora forent periuria, captionibusque ætatis & sexus infirmioris commode occurreretur, neque ita facile minores adduci possent ut iurarent. Cum iure quo utimur ex *h. auth.* contra eveniat, ex quo ferme non nisi iurati contractus cum his celebrantur. Hoc tamen una puto, si contra talem prohibitionem iusiurandum intervenerit, licet eius in foro civili nulla vis sit, quin uterque iuste plectatur, si tamen absque peccato impleri possit, in foro animi omnino pareri ei debere. Cum violata iam ante sit iurando legum auctoritas, neque nunc in eas iterum delinquat qui præstat quod iuravit, etsi tunc deliquerit forte, cum iuraret. Nam & alias quandoque quæ fieri vetita, facta tamen

ab iis qui iurarunt, neque ab eorum [16] heredibus. Quod dicit, dum hoc significare vult, non modo non posse ea rescindi iure civili, de quo constat, cum eos contractus proponamus, qui hoc iure valent: sed nec prætorio, quod minoribus in iis, in quibus læsi sunt, in integrum restitutionem pollicetur; quoniam & hoc auxilium illis alioqui paratum in rebus cæteris, in hac caussa ipsis adversus iusiurandum suum denegatur. Ex quo etiam intelligimus, cum hoc unum auxilium illis reliquum esset ad ea rescindenda quæ gesta sunt; hoc sublato nullum his remedium ad illam rescissionem superesse. Denegandæ in hac re restitutionis caussam esse diximus, quod puberes qui in re licita iusiurandum interposuerunt, non possunt restitui a principe aut magistratu nisi hi restituendo adversus iusiurandum puberibus perfidiæ & periurii auctores fiant: quam auctoritatem ut turpem & indignam viris bonis recte negat Alexander & sub persona sua ab ullo magistratu exspectari debere. *L. 1. C. eod. si adv. vend.* Sed huic necessitati servandi a puberibus iusiurandi addidit conditionem Fridericus, si modo sacramenta de quibus agitur, sponte facta [17] sint. Quod cur adiecerit, quamque vim id habeat, explicatius subiicit.

Ait igitur: *Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, nullius momenti esse iubemus.* Prius, ut dixi, ita definierat, sacramenta puberum super contractibus eorum interposita omnimodo servari debere; sed addita conditione, si modo sponte facta sint. Nam hæc oratio, sacramenta puberum sponte facta, resolvitur in hanc, sacramenta puberum quæ sponte facta sunt. Hæc autem demonstratio, quæ sponte facta sunt, conditionem habet, si sponte facta sint, sicut alia omnis demonstratio in futurum concepta. *L. 6. D. de leg. 1.* Unde sua sponte intelligebatur hoc dicere Fridericum, si sacramenta puberum sponte facta non sint, nolle se ea inviolabiliter custodiri, *argum. in L. quibus, §. 2. D. de condit. & demonstr.* Sed hæc in his verbis

tamen tenent *L. 1, §. 5,* Q[illegible] *appel.* Exemplo sint nuptiæ inscitu parentum contractæ, complexu coniugali secuto. Quas ad sustinendas quæ rationes proferri solent, huc in argumentum trahi posse videntur (etsi hæc non usquequaque similia. Neque enim hoc dicendum quod iureiurando fides connubii data alteri invitis parentibus implenda sit.) Quinimmo etsi Lex districte simul vetuerit ne iuratum, modo peccatum per se non foveat, servetur, num sic satis conscientiæ eius qui iuravit consulatur, hæsito. Quippe vix ea unquam legis auctoritas, ut eo vires suas protendat post alios Pallad. *d. n. 53.* Asin. *d. §. 9. C. 165 passim.* Cumque hic quidem veluti conflictus foris divini & humani videatur, hoc illi merito cedere censendum. Sed hoc Theologis definiendum relinquo. Illud vero contendo iuste legem civilem suum denegare subsidium ei qui tale iusiurandum exegit & recepit. Nam cum contra legem deliquerit, eius auxilio indignus est *L. 37. de min.* Quem si Lex adiuvat, quodammodo seipsam convellit. Satiusque fore reor si hoc totum conscientiæ eius qui iuravit relinquatur. Quam probe is exonerat, si salvam & illibatam retinere velit, oportet. Amplius dico; quod paradoxon cuipiam videbitur, nec est tamen: si maxime leges talem iuratum contractum implere iubeant, aut si censuræ ecclesiasticæ ad id compellant, ni tamen sponte, adeoque iniussus sacramento quis pareat, periurii labem in foro poli eum non effugere. Nam si quem vis iudicati, metusve pœnæ qualiscunque moveat, ut præstet, quod alias, Numinis reverentia & sacramenti religione non præstiturus, animum tenuit & retinet periurum. Iuravit enim quod contractum servare, non quod Iudicis iussui parere velit. Neque nunc tam veteri obligationi iuratæ, quam novæ iudicati obsequitur, non voluntate sua, sed necessitate. Quia & qui interdictione sacrorum commotus religionem exsolvit, cum sæpe plus publice subeundæ ignominiæ terror quam metus Numinis afficit. Et sicuti cum quis sciens abnegavit depositum, ex. gr. iudicio convictus demum id restituit, perfidia semel commissa non eluitur; ita neque hic periurus antea effectus, postea esse desinit. Maxime si sponte iuravit, ubi ut & sponte præstet congruum est.

16) Sic DD. *vulgo*: ita tamen, ut heres contraveniens non fiat periurus. Vulgatissimum enim quod iuramentum reale quoad observantiam contractus & obligationis civilis vinculum: Personale quoad vinculum religionis & reatum periurii Sich. *ad Rub C. de reb. cred. & iurei. n. 19 & seq.* Covar. *ad d. C. quamvis P. 1. § 5. n. 5.* Io. Bapt. Costa *de Facti scientia Inscit. 14. n. 4.* Gomez *2. Resol. 14. n. 19.* Asin. *de Exsec. §. 9. C. 165. f. 759. & seqq.* Munnoz. *de Ratiocin. C. 21. n. 11.* Wes. *Cons. 19 n. 16. & Cons. 15. n. 90. Cons. 23. n. 45. & Cons. 38. n. 24.* Coler. *Cons. 28. n. 337.* Meichsner. *Lib. 1. Decis. 12. n. 220. & Decis. 18. n. 24. &c.* aliique plores. Non desunt tamen qui contra nituntur, sentientes iureiurando adiecto contractum alias invalidum non firmari, adeoque nec eum qui mero iure validus; ast restitutioni aut rescissioni obnoxium, irrevocabilem fieri. Sed contractu manente in suo vigore & qualitate ad iurisiurandi observationem hic minorem ipsum solum, non heredem quoque eius compelli. Quomodo Portius, Io. Fab. Ias. Cuman & Alc. referente Gutier. *hic n. 24.* quos sequitur Fr. de Caldas *ad L. 1. Cod. in int. restit. in defin. v. Minorib. n. 3.* (& Trentac. *2. Pract. Resol. Tit. de Minor. Resol. 1. n. 17.*) quia verba (1) *huius auth.* eo solum, non ad validitatem contractus relata. (2) Ius exorbitans accipi debet ut minimum lædat ius commune. (3 Iuramentum sortitur naturam actus cui accedit ut *supra N. 10. circ. med.* 4 Nec unquam, ait Caldas, iure Canonico scriptum actum nullum iureiurando confirmari. Nam *d. Cap. 28. de iurei. dict. Cap. 2. de pact. in 6.* solum iusiurandum servandum esse probant. Effectus inde insignes. (1) Non ligat heredes (2) Impetrata absolutione contractus remanet ac si non iuratum esset. (3) Solutum virtute iuramenti potest repeti ceu solutum sine caussa. (4) Mulier quæ alienavit rem dotalem vindicat eandem a tertio possessore non habente caussam ab emptore. Ita Caldas. Verum hæc reprobant Gutierr. *hic n. 27. & seq.* & Fach. *3. Contr. 51.* Tum quod *in L. 1. C. h. tit.* vocula *perfidia* arguat iuramentum præstitisse fidem contractui, tum quia *d. Cap 2.* dicitur: pactum iuramento ornatum servari debet. Nec ex constructionis legibus illa *servari debet* ad voculam *iuramento* se referri sinunt. Quibus tamen, si quis prioribus adhærere malit, non nimis operosum occurrere.

17) Et tres comites habeant veri iuramenti *C. ipse Christus 26. de iureiur.* 7. *C. 22. Q. 1. C. 2 ead. Ca. Q. 2.* ex illo Ieremiæ *C. 4. v. 2.* *Iurabis in veritate in iudicio & iustitia.* Veritas caussa prima est, ob quam recte iuratur: Iudicium discretionem habet anim.; iustitia postrema iuramenti basis P. Greg. *50. Synt. 3. n. 7.* Veritas ut clare exprimat, non ambigue, aut fucata arte, ne alter decipiatur, unde placet iusiurandum iuxta deferentis mentem non iurantis interpretari *Cap. quacunque C. 12 Quæst. 5.* Iudicium, ut iurans intellectu polleat. Iustitia, ut quod iuratur licitum sit & honestum, Coras. *in L. admonendi 31. de iurei. n. 7. & 8.* De quibus comitib. vid. Covar. *in Cap. quamvis, 2. de pact. in 6. P. 1. §. 6.* Petr. Barbosa *in L. alia 55. §. eleganter D. sol. matr. n. 28. & seqq.*

bis adhuc dubia erant, quæ sacramenta sponte aut non sponte facta intelligere debeamus; tum ea quæ sponte facta non sunt, quatenus Fridericus nolit servari. Hoc est igitur, cur exceptionem quæ prius intelligebatur, nunc ex professo & explicatius subiicit. Huc enim spectat, ut illa duo explicet, de quibus modo dubitari dixi. Primum quæritur, sacramenta sponte facta quæ intelligat Fridericus. Nempe ea dicit, quæ nulla vi aut iusto metu cogente sunt expressa. Interpretatur, cum subiicit per adversativam, ***si autem per vim vel iustum metum extorta sint***, ea esse, quæ voluerit excipi, & in ea caussa esse, ne serventur. Quæritur deinde quatenus servari nolit. Explicat, cum ait; ***etiam a maioribus extorta nullius momenti esse iubemus***. Quibus verbis & personas omnes iurantium vi coactorum necessitate servandi iurisiurandi liberat; & in hac liberatione hoc significat se iubere, ut sacramenta metu extorta ipso iure non valeant, nec teneant iurantem, quasi nec interposita. Id enim significatur, cum dicitur aliquid nullius esse momenti. ***L. non dubium***, in fin. *C. de legib.* Atqui scimus de his quæ per vim aut iustum metum gesta sunt, ita ius esse, ut gesta ipso iure valeant, & actionem pariant ei, qui metum intulit: metum autem passo solum ita succurri, ut aut actionem habeat ad ea rescindenda, aut adversus improbam adversarii actionem exceptionem. *L. dolo, C. de inutil. stipul. L. metum, §. sed quod prætor, D. quod met. caus.* Sed non sunt hæc contraria. Utcumque enim contractus ipse metu extortus ipso iure valeat; tamen iusiurandum adiunctum, si metu extortum est, semper necesse est nullius esse momenti. Sive enim spectamus actionem eius, qui metum intulit, sive exceptionem qua ille summovetur, reperiemus in utraque re iusiurandum pariter illi esse inutile. Si agit, habet ille quidem iure ipso actionem, sed habet ex contractu, non ex iureiurando, utpote habiturus ex contractu quanvis nullum iusiurandum esset interpositum. Quatenus autem agens exceptione summovetur, ipse ita summovetur, ut ad eam exceptionem infirmandam nihil momenti iusiurandum illi adferat, turpiter scilicet & improbe ab eo extortum. Et hæc Friderici de sacramentis metu extortis constitutio est.

Sed quod in superioribus partibus huius constitutionis fecimus, cum de iureiurando ex legibus non servando ageretur, idem in hac quoque parte necessario faciendum est, ut quæramus, an quod conceditur hac lege & si quæ sunt aliæ similes hominum leges, iusiurandum in hac caussa non servare, idem etiam liceat verbo Dei. Semper enim hoc tenebimus, si quid aliud præcipiatur Dei verbo, solum hoc audiendum esse, facessere iussis omnibus aliis contrariis humanis legibus. Atque hic variant etiam doctissimorum & maxime piorum Theologorum sententiæ. Quibusdam videtur ex verbo Dei iusiurandum huiusmodi omne servandum, etiam quod prædoni & latroni dederis, si de re privata tua & iure tuo agatur. Habetque maximam speciem veri hæc sententia: defenditur enim & notis locis quibusdam, & ratione propemodum manifesta. Loci hi sunt. Primum quidem generale præceptum illud legis divinæ, quo vetamur usurpare nomen Domini temere & frustra. Sed præcipue Psalmus xv. in quo inter cæteras notas, quæ affinguntur viro pio ex præscripto & mente divinæ legis, una hæc recensetur, ut sit is, qui iurat damno suo, & non mutat. Ratio hæc. Constat enim inter omnes, omne licitum iusiurandum, quod sine peccato servari potest, esse servandum: quo sensu verissima est sententia, quæ de hoc genere exstat in *can. cum contingat*, in fin. *ext. de iureiur.* Porro si quis metu coactus iurat se servaturum, quod metu promisit, & paciscitur de re sua, de qua & pacisci per leges liceat; non solum licitum est ab initio iusiurandum, ut pote non interpositum contra leges; sed etiam promissum ipsum servare nihil habet turpe, aut cum delicto coniunctum. Licebat enim cuique & sine iureiurando de re sua statuere. Quæ si ita sunt, conficitur etiam hoc genus iurisiurandi esse servandum. [18] Aliis aliud videtur, idipsum minorum, quod hic constitutum est, sacra-

18) Consentit A. Fab. 30. *Err. Prag.* 3. Pac. Q. 89. Setser. *Lib.* 1 *de iuram. C.* 20. *n* 17. Fach. 8. *Contr.* 102. & ita communiter Legistas tenere scribit Gail. 2. *Obs.* 42. Contra Ioris Pontificii interpretes absolutionem requirunt. Quod et fane iuri conveniens videtur *Cap. auctoritatem* 2. *Cap* 15. *Quæst* 6. *Cap si vero* 8. *Cap. verum* 15. *de iureiur.* Cagnol. *ad L.* 2. *C de Resc. vend. n* 102. Cuiac. *ad Cap.* 2. *extr. de iureiur.* Duar. *ad tit. Cod. Si adv. vend. fol.* 96. Martin. Uran. *ad d. Cap. si vero n.* 1. Covar *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 6. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 294. Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 129. Seraphin. *Privil. iuram.* 110. *n.* 6. *& seqq.* Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 22. *n.* 32 Hart. Pist. veriorem receptiorem ac tutiorem vocans *Lib.* 4 *Quæst.* 6. *n.* 68 Gail. *d. Obs.* 42. *n.* 6. Everh Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 2. *Quæst.* 14 *n.* 7. *& seqq* si nempe contractus per se de re licita & iure ipso valet, Pariador. 2. *Rer. Quot. d. Cap.* 4 *n.* 48. Rauchbar. *P.* 2 *Q.* 4. *n* 51. *& seqq.* vid. Io Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 9 *Cap* 328. *n.* 12. *& seqq.* De absolutione a iuramento in genere pluribus Mauric. *de Rest in int. C.* 116. *& seqq. & C.* 121. Covar. *in d. C. quamvis P.* 1. §. 3. Mynf. 2. *Obs.* 57. *&* 3. *Obs.* 99. Gail. *d. Obs.* 42. *&* 1.

cramenta per vim extorta a prædone nullius momenti esse, nec verbo Dei necesse esse servari. Quod & ipsum iure Pontificio comprehensum est in *C cum contingat. ex. de iur.* Quibus assentior. Sic enim defenditur hæc sententia eodem verbo Dei, ut simul declaretur nihil ea obstare, quæ supra in contrariam sententiam inde afferebantur. Nam illa, Nomen Dei non esse usurpandum temere; virum bonum quod iuraverit etiam cum damno suo, id non mutare, & si qua sunt similia; omnia cum hac exceptione accipienda sunt, dum licitum sit iusiurandum, aut dum ne promittatur id, quod sit turpe factu & contra bonos mores, quo scilicet præstando magis Deum offendas, & nomen eius violes. Ex quo illæ sententiæ ratæ, de quibus inter pios & eruditos omnes convenire supra diximus; Non esse obligatorium contra bonos mores iusiurandum: *can non est obligatorium, de reg. iur. in vi.* item, Iusiurandum non esse vinculum iniquitatis. *C. inter cætera, 22. q. 4. C. quanto, extr. de iureiur.* Iam præstare latroni & prædoni, quod illi promissum sit, quale factum sit, videamus. Sane eiusmodi, in quo si promissio & præstatio simplex tantum spectatur, quod a prioribus factum est, fateor licitum esse, & minime turpe, ut remotis aliis circumstantiis turpitudinis recte hic dicatur iusiurandum, aut si quod aliud promissum est, esse servandum. Sed adde has facti circumstantias, de quibus agitur, ut latroni tanquam latroni dandum sit, & dandum propter vim & metum illatum, sine quo interpositum iusiurandum non esset. *Hoc (****) vero turpe factu & contra bonos mores esse dicimus: ut proinde nec iusiurandum in eo iurantem obliget, aut sit servandum.* Id autem ita esse dicimus duabus de caussis. Primum quia latroni dare ob promissum per vim extortum, est facto suo vim & metum illatum comprobare. Hoc autem facere est contra bonos mores; quod & res ostendit, & diserte scriptum est in *L. nihil consensui, D. de reg. iuris.* Deinde quia hoc ipsum turpe, & adversus utilitatem publicam, latroni tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publice male meritus, dignus est, non qui maleficii præmium accipiat, aut lucro augeatur, sed potius qui egestate publice laboret, ut eleganter Tryphoninus scribit in *L. bona, D. depo.*

& 1. *Obs.* 22. *ac seqq.* Parlador *d. C.* 4. *n.* 54. *& seqq.* Afin. *d.* §. 9. *Cap.* 165. *fol.* 764. *& seqq.* Hering. *de Fideiuss. Cap.* 1. *n.* 82. *& seqq* Gu Papæ Q. 104. (ubi tractat num ea licita sit Principi sæculari) Moller. *ad Nov. elect. Sax.* 36. *p.* 2.

(****) Speciem veri aliquam habere hæc etiam Donelli opinio, eiusque arguta ratio videri possit; sed absit ut nativum aliquem habeat veri candorem nativaque veri lineamenta. Quid enim? (ut species hæc euiusmodi sit effingamus) Sicarius & latro viatorem hominem ferro impetit, argentum ab illo postulat: hic cum in numerato nihil habeat: ut vitæ periculum redimat, pecuniæ summam promittit metu coactus, sed nihilominus voluntarius, datamque fidem adstringit iureiurando. Subsisto modo aliquantum & illud rogo: voluntaria hæc divini numinis obtestatio habet ea ne vim naturamque iuramenti revera; an nudus est inanium verborum sonus, sive quod opinioni Donelli congruentius, prophana hæc est divini numinis & irreligiosa invocatio? posterius hoc novum & insolens, ne dicam aliquid gravius: prius illud docto & probo cuique viro, & multo magis Christiano theologo probabitur. Sit itaque recta hæc consecutio: ergo iurata illius fides qui metu inductus sicario pecuniam promittit, quandoquidem de re licita agitur atque honesta, est Deo ipsi præstanda, cui & principaliter fuit obligatio ex iuramento quæsita vid. D. Thom. 2. 2. Q. 89 *Art.* 7 *ad* 3. ibique Caiet & ab Osuald. *not. ad h Cap* 13 *N.* 14 Et ut brevius rem totam complectar, iuramentum etsi metu extortum donec fuerit absolutio petita, necessario servandum *Cap. si vero* 8 *extr. de iureiur. ibique* Gonzalez At enim latro ex eo iuramento lucrum reportat; turpe vero latroni promittere promissumque præstare, quo eius improba pecuniæ cupiditas augetur, & iuramenta extorquendi crescit in illo impudens audacia, ideoque divini nominis ad prædas & rapinam abusus. Ita ne vero? quæ fiunt ab oppresso viatore latroni promissa vitæ redimendæ gratia, propriæque charitatis intuitu, erunt hæc cum improbissimo & scelerato latronis facto confundenda? & necessarium propriæ charitatis officium eadem turpitudinis labe, qua iniquissima aggressio, notandum? Hæc porro ita componere & coniungere quæ sunt toto genere diversa mali sophistæ est, adeo & inhumani & importunissimi hominis: sunt igitur hæc distinguenda; & quantacumque hic improbitas & nequitia, tota hæc latroni tribuenda; nec ullum hic eius peccatum qui charitate sui inductus latroni promittit, quive iuratam fidem præstat sola numinis obtestati reverentia. Vid. *Caiet. in* 2. 2. *Quæst.* 89. *Art.* 7. *In respons. ad tert. dub.* & Dominic. Soto *de iust. & iur. Lib.* 8. *Quæst.* 1. §. *Tertio denique arguitur*, ubi Caietani doctrinam brevius complectitur, & dilucidius exponit. Sed superiora omnia licet omnium Theologorum consensu probata & verissima paulisper missa faciamus. Sit ista Donelli ratiocinatio proba; sit hæc, si diis placet, Donelli opinio non improbabilis: sit, ut turpe latronis factum, ita & turpe hominis metu adacti promissum, & iuramentum proinde irreligiosum & illicitum. Quid postea? promissio certe illa denegánda latroni, a iuramento, quicunque metus aut vis inferatur, omnino abstinendum. Hoc posito, etiam me tacente nemo non videt, quid non ab improbissimo sicario, & in cædibus exercitato metuendum. Hic rursus venia Donelli, qui euiusdam turpitudinis commentitiæ in oppresso viatore metu graviora & vere turpia inde secutura mala non videt, ita assumo, remque propius urgeo, atque insto: ubi nam gentium vir ille iustus & religiosus, propositique tenax, quem terror prava iubentis, & instantis iugulo sicarii vultus atrox non moveat; ita ut ne dum turpi promisso, si vera prædicat Donellus, sed periurio etiam, quod absit, non a præsenti morte sibi quærat effugium? Hoc utique damnum multo probabilius ab hac opinione Donelli, quam spes illa verisimilis, fore ut oppressorum a latrone viatorum promittere atque iurare abnuentium constantia a cædibus & sanguine latrones deterreantur. Dii meliora! Et melius utique & rectius omnia cohærent, si hac opinione Donelli explosa iuris pontificii decreta in re adeo sacra, quale est iuramentum, unice vera habeamus, veramque horum sententiam cum omnibus pontificii iuris interpretibus teneamus firmissime. Quod non tantum de duobus illis *Cap. si vero* 8. *& Cap. verum tit. de iureiur.* aliisque similibus, sed & de *Cap. cum contingat. eod. tit.* dictum volo; cuius sententiam, qua parte ad suam opinionem detorquet, adulterat omnino Donellus. Vid. Gonzal. *in Comment. Cap. si vero, n.* 5. *post med. vers. sed hac.*

Rata sit igitur & hæc pars constitutionis, idque etiam assentiente verbo Dei; sacramenta per vim vel iustum metum extorta etiam a maioribus nullius esse momenti.

Sed ut hoc genus iurisiurandi excipit constitutio, ita excipit solum. Hæc exceptio talis est, ut videatur omnes alias caussas improbandi iurisiurandi excludere. Nam cum prius regula generalis posita esset, sacramenta puberum inviolabiliter esse custodienda; nisi quid inde excipitur, necesse est eam regulam in omnibus sacramentis, quæ excepta non sunt, integram manere. Nunc autem constitutio excipit tantum sacramenta per metum extorta: alias caussas improbandi iurisiurandi nullas attingit. Quapropter hoc solum videri potest relinqui, ut si qua alia sacramenta sint aliis de caussis interposita, [19] ea ad regulam superiorem pertineant, & inviolabiliter sint servanda. In quam sententiam & illud bene dictum est vulgo, semper exceptionem confirmare regulam in casibus non exceptis, sumptum ex *L. quæsitum*, *§. idem respondit domo instructa*, *D. de inst. instrum. leg.* Hinc ergo quæsitum, an in solo metu de quo hic comprehensum est, consistere debeamus, nec ullæ aliæ sint improbandi iurisiurandi caussæ. Sed esse alias dubium non est. Quamobrem ne superiore exceptione decepti hic erremus, monendi sumus ad metum de quo hic nominatim cautum est, etiam has duas infirmandi iurisiurandi iustas caussas adiici debere, dolum, & iustum errorem: ut in summa inutile sit iusiurandum, nec iuranti noceat his de caussis tribus; sive quis coactus iusto metu, sive adversarii dolo inductus, sive etiam suo ipsius errore falsus in re promittenda iusiurandum interposuerit. Etiam dolo, similiter ut metu interpositum iusiurandum [20] nullius momenti est. Sic enim ista comparantur, & recte in *d. C. cum contingat*, in fin. *ext. de iureiu.* Quinimmo hoc ipsum multo iustius constituitur in dolo, quam in metu: quod qui iurare coactus est, scivit qua de re iuraret, & in id consensit, quod iuratus promisit: quanvis enim si liberum esset, non iuraret; tamen coactus voluit, ut est in *L. si mulier*, *§ ult. D. quod met. cau.* Qui autem decipitur, is in quo decipitur, omnino [21] non consentit, aut paciscitur. *L. qui cum tutoribus*, *§. qui per fallaciam*, *D. de trans.* Scilicet, quia quid agatur, ignorat: nec potest quisquam de eo quod ignorat, sensisse aut cogitasse videri. Sed & illud constat, eum in eo in quo

19) Vulgo tamen admittunt quandoque rescissionem ex alia quam ætatis caussa ut læsione enormi *vid. supra N.* 10. Et enormissima semper ut *infra N.* 20.

20) Vid. Sich. *ad h. auth. n.* 41. *& seqq.* Mauric. *de Rest. in int. Cap.* 115. Afin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 329. Bargal. *Lib.* 3. *de Dolo Cap.* 14 Padilla *ad L.* 2. *Cod. de resc. vend. n.* 4. Wesenb *Cons.* 23. *n.* 36. *& seqq. & Cons.* 52. *n* 65. *& seqq.* Rauchbar. *P.* 2. *Quæst.* 4. *n.* 35. *& seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 6. *n.* 70. ubi absolutionem non necessariam hic esse docet, ut & Covar. *in Cap. quanvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 3. §. 4. *n.* 3. Seraphin. *Privil. iuram.* 61. *n.* 19. *& Privil.* 83 *n.* 63. In quo dissentit Mauric. *dict. Tr. Cap.* 119. & fere Bargal *d. Cap.* 14. *n.* 16. Sed & ubi dolus non verus sed præsumptus aut fictus per legem, quæ solemnia quædam requirit, iisque non adhibitis præsumit dolum, absolutionem peti debere vult Seraphin. *d. n.* 63. Plane in arbitrio decepti est an velit servari contractum, Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 93 modo *ait idem n.* 98. Lex non resistat ipsi contractui. Quid si dolus in seipsa læsione immodica & enormi? De eo varie sentiunt. Sane simplici iuramento minorem beneficio *L.* 2. *C de rescind. vend.* non excludi supra diximus *N.* 10. Quando autem iuramento expresse renunciavit ei vel minor, vel etiam maior simpliciter: item in utroque quid in enormissima læsione obtineat; & cum plerique hic restitutioneio indulgeant, num vinculo religionis prius solvendus qui iuravit, necne qui ipso iure non obstrictus fuerit; denique unde æstimanda ac definienda læsio enormissima, vaga nostrorum tractatio est. Consuli possunt Cacherao *Decis.* 41. Mynf. 5. *Obs.* 59. Curt. Iunior *Consil.* 53. *n.* 10 *& seq. & Consil.* 141. Tessaur. *Decis.* 66. Damhuder. *Praxi Civ. C.* 48. *n.* 25. *& seq.* Gomez 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 20. Sich *ad h. auth. n.* 40. & Gutierr. *n.* 92. *& seqq* Covar. *in d. Cap. quanvis* §. 4. *n.* 3. *& seqq.* Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 20. *& seqq.* Fachin. 3. *Contr.* 14 *&* 2. *Contr* 17. Seraphin. *Privil. iuram.* 61. *n.* 21. *& seq. & Priv.* 83. *n.* 87 *& seqq.* Benckendorf. *addit. ad d. Priv.* 61. *n* 55. *& ad Privil.* 83. *n* 28. *& seqq.* Odd. *de Rest. in int. P* 1. *Q.* 4 *art.* 13. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Minorib. Resol.* 1. *n.* 15. *& seqq.* Afin. *de Exsecut.* §. 9. *C.* 330 Fr. Munnoz. de Escobar. *Variar. computat. Cap* 6 Coler. *Cons.* 57. *Heidelberg. Facultas inter Cons.* Coleri 38. *n.* 260 *& n.* 277. *& seqq.* H Pist. *Lib.* 4. *Q.* 6. *n.* 71. *& seqq.* Barthol. Musculus *de Success. convent. Class.* 1. *Membr.* 2. *Concl.* 7. *lit. C. n.* 303. *& seqq.* Pinel. ad *L.* 2. *C. de resc. vend. p.* 3. *C.* 1. *n.* 7. *&* 8. Cagnol. *ibid. n.* 98. *& ad L.* 41. *Cod. de transact. n.* 37. *& seq.* Padilla ad *d. L.* 2. *n.* 33. (qui censet, etsi una iuraverit se absolutionem non petiturum, tamen eam petere posse, & Abel Straßburg. *Cons.* 11. *n.* 8. modo, ait, prius absolutio a secundo iuramento, quo renunciatum est absolutioni, petatur. Quæ probare religio est) add. *Nov. Elect. Sax.* 35. *p.* 2. ibique Moller. *& idem* 1. *Semestr.* 43. *n.* 6. *&* 3 *semestr.* 39. & citati a Setsero *Lib.* 1. *de Iuram. C.* 11. *n.* 14. Ego nullos nisi quos ipse adii antea citare unquam soleo.

21) Vulgatum axioma: Iuramentum ad non cogitata & ultra intentionem non extendi per *L. ult. pr. D. ad municip. C. humanæ* 11. *can.* 22. *Q.* 5. Afin. *de Exsecut.* §. 9. *C.* 319. *& seq.* Gutierrez *ad h. auth n.* 113. Meichner. *Tom* 2. *Lib.* 1. *Decis. Cam* 4. *n.* 33. 59. *&* 77. Quod Gutierre. *de iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 71. admittit in non prius cogitatis de facto. Secus de iure, ut si de beneficio restitutionis minor non certioratus vid. *not. supra N.* 6. Ita vero Ippolitus apud Euripidem cum iurasset Phædræ se facturum quod ipsa peteret; petenti incestam consuetudinem respondit se lingua iurasse, mentem iniuratam tenere. Sed & tritum est. Sicuti cuivis alii dispositioni, ita quoque iuratæ tacitam hanc conditionem & clausulam inesse, si res in eodem statu manserit per *L. ult. D. Qui sat. cog. L.* 30 *de op. Lib. L. ult. C. de non num. pec.* (Veluti iuramentum de non repudiando uxorem intelligitur, si non delinquat in leges matrimonii *C. quemadmodum* 25. *de iureiur.*) post alios Iac. Schult. *ad Modest. Pist. P.* 4. *Q.* 149. *n.* 31. Gothofr. *de Titul. Electoral. Lib.* 3. *refutat.* 41. *pag.* 114. Trentac. 2. *Pract. Resol. tit. de Minor. Resol* 1. *n.* 17. Tametsi incaute data iuramenta non temere violanda si salva religione & bona conscientia impleri possunt vid. Iac. Ebert. *Tr. Ethico de Iuram. pag.* 102.

quo decipitur, errare. Veterum autem constans sententia est, errorem non habere consensum; seu non consentire eos, qui errant. *L. si per errorem, D. de iurisdictio. L. 2. D. de iudic.* Res exemplo facilius intelligetur. Sit ergo hoc exemplum ex *L. tres fratres, D. de pact.* Ex tribus fratribus heredibus institutis unus pecuniam hereditariam interverterat. Quod alii cum ignorarent, cum hoc hereditatem diviserunt; & quasi in hereditate esset id solum reliquum, quod videbatur, ita interposito instrumento, caverunt, se totam hereditatem divisisse, nihilque sibi ex ea commune reliquisse: addiderunt etiam, si placet, nullam se de ea hereditate adversus superiorem divisionem alios aliis controversiam facturos. Cum reliqui duo comperissent postea pecuniam a fratre interversam, cuius nulla mentio in divisione facta erat: quæsitum est, an eam pecuniam a fratre adversus superius pactum recte repeterent. Placet recte repetituros: scilicet quia de pecunia interversa quam ignoraverunt, non videantur sensisse, eoque pacti esse, etsi ea verbis generalis pacti contineatur: hoc in *d. L. tres fratres, D. de pact.* Fingamus conventioni superiori etiam iusiurandum fuisse adhibitum. Dicemus reliquos fratres nihilomagis hic iureiurando impediri, quominus agant; utpote deceptos, quique ideo de ea pecunia non senserint, ac ne cogitare quidem potuerint. Non obstat hæc constitutio, quæ unum tantum genus excepit iurisiurandi per vim extorti. Sane enim hac exceptione, fateor, confirmatur regula prior in sacramentis omnibus non exceptis: sed in sacramentis iis, quæ verbis regulæ continentur: nam quæ non continentur, satis excluduntur ipsa per se: ut non sit hic alia exceptione opus, atque adeo omnis hæc exceptio futura fuerit supervacua & inutilis, ubi scilicet nihil posuisses prius in regula, quod postea regulæ detraheres. Atqui iusiurandum dolo interpositum non continetur verbis regulæ huius constitutionis, ut quanvis exceptum non sit postea nominatim, non tamen dici possit ea regula iuberi custodiri. Regula enim concepta est de sacramentis puberum, nempe his, quæ vere sacramenta sunt, non falso ita dicuntur. Sacramentum autem & iusiurandum omne, eius tantum rei sacramentum est, de qua est interpositum: de quibus autem rebus interpositum non est, earum non est nec sacramentum, nec iusiurandum: ut, si quis iuraverit se de fundo Tusculano Titio controversiam non facturum, id in hac specie tantum iusiurandum sit, & recte nominetur. De aliis rebus si cum Titio agatur, non recte is utatur superiore iureiurando, quia nec prius iusiurandum sit istarum rerum iusiurandum, de quibus iuratum non fuit. Iam vero qui deceptus dolo quid iureiurando cavit, sive in re verbis promissa, sive in persona eius cui promissum est, erret, quatenus errat & decipitur, eatenus nec ex animi sententia pacisci aut iurare intelligitur. Esto enim verbis iuret, animo tamen a quo solum consensus est, nec iurat, nec promittit quidquam. Nullum igitur ne hic quidem iusiurandum aut sacramentum. Quo fit ut nec superiore regula iubeatur custodiri, quod simpliciter non est sacramentum. Ita iusiurandum metu aut dolo interpositum ex æquo nullius momenti est; sed longe diversis rationibus. Metu interpositum inutile ideo, quia sacramentum quidem est, & a consentiente interpositum; quamobrem & verbis regulæ includitur: sed promissum factu turpe: idcirco non servandum: quæ & caussa excipiendi fuit. Dolo interpositum ideo inutile: quia in quo quis deceptus iuravit, in eo nec sacramentum eius est, aut iusiurandum: qua ratione cum verbis regulæ non continetur, nec fuit etiam excipiendum. Hoc si recipimus in iureiurando, quod dolo adversarii interpositum est: recipiendum est [22] eadem

22) Fac *L. 57. de O. & A. in totum 76. de R. I.* Sich. *hic n.* 30. Vid. Afin. *de Exsecut.* §. 9. C. 31. & C. 312. Bechendorf. *ad Seraphin. privil. iuram.* 61. *n* 26. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 4 *n.* 37. & *seq.* Seraph. *privil iuram* 83. *n.* 59. (idem statuens etsi minor iuraverit de contractu servando, si in ætate erravit, falso se maiorem putans ut & Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 18.) Quare nec condictio indebiti sic impeditur Mauric. *de restit. in int* C. 113. *n.* 8. Generale denique, contractum nullum ex defectu consensus iuramento non firmari, nec eo defectum illum suppleri vid. Covar. *ad C. quanvis 2. de pact. in 6. P.* 2. §. 6. 10. & *seq* Seraphin. *Privil. iura.* 39. *n.* 10. & *Privil.* 61. *n.* 10. ac Benehendorf *in addit ibid. plures citans n* 19 *ut* & Afin. *de Exsec.* §. 9. C. 318 Veluti si contractus simulatus. Seraph. *d. loc.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 47. *n.* 3. Mauric. *de rest. in int.* C. 119. *n.* 3. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. C. 10. *n.* 32. & *Cons.* 29. *n.* 144. & *seqq.* Hering. *de fideiuss.* C. 9 *n.* 45. Perinde enim, ac si iuraverit se servaturum nihil, si nihil contractum est. Coler *d. n.* 32. Et ut actus ipse ita & iusiurandum verum non est, sed simulatum, Mauric. *d n.* 13. Unde si statuto caveatur ut contractus minoris sine certis solemnibus præsumatur simulatus, eum iuramento adiecto non validari censent Gutierr. *in h. auth. n.* 45. scribens ita indirecte posse tolli statuto vim iuramenti, inducendo prius simulationem ac dolum, & hanc opinionem in praxi servandam esse. Quam & communem vocat, sed varie declarans ac restringens, Seraphin *d. Privil.* 83. *n.* 79. & *seqq.* Cæterum cautionem docet Coler. *d.* C. 10. *n.* 235. qua muniatur contractus, ne obiici possit simulatio. Si adponatur iuramentum, quo omnium contentorum in instrumento fidem debitor afferat, atque sic deinde iurato promittat, se contra venire nolle; ubi

eadem ratione & in eo, quod per errorem solum iurantis interpositum sit, etsi adversarius in eodem errore versans dolo careat. Nam & hic verum est eum qui iuravit, in eo, in quo erravit, non consensisse, eoque nec iurasse; si quidem verum est generale illud, errorem non habere consensum. *d. L. si per errorem de iurisd.* Finge hoc modo, Testator legavit centum Titio cognato. Duo autem erant Titii cognati. Primus & Secundus: sed vere testator de Primo senserat, Cum id ignoraretur, & Primus nesciretur ubi esset, aut nihil peteret; exstitit Titius Secundus, qui ex verbis putans legatum ad se pertinere, id petiit. Cumque heres ei quoque deberi per errorem putaret, promisit se ei certa die si annueret, bona fide esse præstiturum, & quo facilius impetraret eam dilationem, adhibuit iusiurandum ita fore, ut promisit. Si compertum sit postea legatum ad Titium non pertinere, dicemus heredem Titio Secundo neque ex pactione, neque ex iureiurando teneri, quia in persona legatarii errans in eum quem falso legatarium putavit, non consenserit. *d. L. si per errorem, D. de iurisd.* Ac de vi iurisiurandi minorum quod valeat ad excludendam in integrum restitutionem, & de *auth. Sacramenta puberum*, satis.

CAP.

ubi nempe coniuncta, & assertorium & promissorium iuramentum. Cæterum in dubio sententia tenenda, quæ religionem integram jurisjurandi conservat & conscientiis consulit. Hart. Pist. *Lib. 4. Quæst. 6. n. 37.* Coler. *d. C. 10. num. 255.*

CAP. XIV.

Beneficium in integrum restitutionis minorum quale; quis eo utendi modus, quidve utenti tribuat: præcipue autem quibus, adversus quos, qua de re, quove effectu competat.

Transitio. I.
Beneficium restitutionis in integrum in actione consistit: habet hæc quædam iudiciorum communia; quædam propria II.
Singula, quæ communia habet cum reliquis, veluti per indicem enumerantur. III.
Propria cuiusque iudicii quæ sint. Ad ea quæ restitutionis propria transitio. IV.
Summa caussarum, ex quibus competit minoribus restitutio. V.
In heredes minorum transit hæc actio. Obiter de beneficiis caussæ vel personæ; & quid ex his habeat in integrum restitutio minorum. VI.
Non item transit in fideiussores eorumdem minorum. VII.
Contraria refelluntur. VIII. IX. X. XI. XII.
Superiorum summa & collectio. XIII.
Competit restitutio minori adversus alios ex aliena persona, vel sua. XIV.
Ex aliena, *adversus patrem, & dominum; & quomodo*. XV.
Ex sua, *adversus eos quibus cum contraxit minor, aut quasi & adversus alienatæ rei possessorem*. XVI.
Qui sit talis restitutionis modus adversus hos singulos exponitur. XVII. XVIII. XIX.
Restitutionem minoris modo esse pro actione in personam, modo pro actione in rem, & quatenus. XX.
Has easdem actiones interdum minori, prout ei commodius fuerit, tribui a prætore. Hoc quale sit. XXI.
Qui sint ii, adversus quos non datur in integrum restitutio minori. XXII.
Restitutio in integrum qua de re competat minori. XXIII.
Effectus restitutionis in integrum talis: ut omne quod abest illo nomine minori, omnisve caussa restituatur. XXIV.
Item ut quod ex eo negotio abest adversario, quod ad minorem pervenerit, sive dolo eius non pervenit, totum hoc a minore restituatur. XXV.
Contrariis occurritur. XXX.
Sive pecunia sit, quæ abest adversario; sive res, sive actio. XXVI.
Quomodo abest horum quodcumque; & quatenus adversario a minore restituendum. XXVII. XXVIII. XXIX.

I. AD id, quod de in integrum restitutione minorum institutum erat, redeo. Et de ea restitutione, in qua est beneficium huius edicti, hactenus nobis constitutum est id, quod primum in eo beneficio, ut & in cæteris, quærendum esse natura rei nos admonet, & faciendum esse initio diximus, ut intelligatur, quando primum nascatur & competere incipiat minoribus, ut sic deinde de constituto, quale sit, ordine quæratur. Idque ita huc usque consecuti sumus. Nam cum restitutio hæc nascatur ex certis caussis partim verbis edicti, partim sententia comprehensis; de his caussis sigillatim & ordine initio diximus. Cum autem res pleræque essent, quæ in his ipsis caussis restitutionem in integrum adimerent minoribus; nonnullæ, quæ hanc rem dubiam facerent; etiam eas res adiecimus ita, ut dubias removeremus, certas exceptionum vice constitueremus, quod fuit extremum superioris tractationis. Quibus cognitis, facile est, vel potius necesse, tanquam ex suis caussis intelligi, ubi competat, aut non competat minoribus ab ætate beneficium hoc in integrum restitutionis. Beneficio constituto, restat deinceps illud alterum, quod hic quæri dixi, ut quale id sit, idest, quis sit eo utendi modus, quidve id utenti tribuat videamus.

II. Et de genere beneficii hoc principio statuendum est, non ita esse hoc beneficium, ut sunt beneficia principum. Principis beneficium totum ex principis liberalitate & arbitrio pendet, ut cui velit princeps, & cum velit petenti id tribuat sine cuiusquam alterius privati interpellatione aut contentione, quæ caussæ cognitionem desideret. Beneficium autem hoc restitutionis, iudicium est, seu actio, quia qui in integrum restitutionem a magistra-

giſtratu poſtulat, iudicio agit cum alio, a quo invito petit ſibi reſtitui id, quod facto ſuo per infirmitatem ætatis amiſerat. Ideo & quæ in cæteris iudiciis ſervantur ad iuris noſtri perſecutionem, ſervantur omnia in hac quoque reſtitutione, quo ad eam perveniatur: in quibus verſatur natura & forma huius actionis. Quæ quo facilius ſpectare liceat, animadvertendum eſt ex his quædam eſſe omnium iudiciorum communia, quædam propria iudicii cuiuſque.

III. Communia ſunt, quæ ad conſtitutionem & ordinem iudicii pertinent. Conſtituitur iudicium omne inter duos litigatores, quorum unus petit, alter eſt, a quo petitur. *§. 1 Inſt. de act.* Et quidem ita, ut nisi adverſario præſente, aut adverſus legitimam vocationem denuntiationemve abſente nullum iudicium, nulla certe ſententia conſiſtat. *§. ult. Inſt. de pæn. temer. lit. L. ea, quæ, C. quom. & quand. ind.* Idem ſervatur in hac reſtitutione. Hanc poſtulat a magiſtratu minor: ſed adverſus eos, a quibus ſibi quid reſtitui & præſtari deſiderat: nec aliter quam præſentibus illis adverſariis, vel ſi per contumaciam deſint, in integrum reſtitutio perpendenda eſt, ut eſt in *L. in cauſſæ, 2. §. 1.* illic, *cauſſa, D. de min.* In his ipſis perſonis hoc ſervatur in reliquis iudiciis, ut & qui agit, & is cum quo agitur, cauſſam agere poſſint non ſolum per ſe, ſed etiam per procuratorem. *L. 1. D. de proc.* Receptum hoc idem in hac reſtitutione. *Cauſſam in integrum reſtitutionis*, inquit Alexander, *ſi qua competit, etiam per procuratorem agi poſſe placet.* L. unica. *C. etiam per proc. cau. in int. reſt. agi poſ.* Quo loco præcipitur, ſi quis procurator reſtitutionem poſtulet minoris nomine, eum ſpeciale mandatum ad eam rem adferre debere; hac lege tamen, ut ſi de eo dubitetur, audiatur, ſi ſatiſdationem offerat dominum rem ratam habiturum: cæterum qui [1] generale mandatum de negotiis gerendis alleget, audiendum non eſſe. *L. illud, §. ult. L. quod ſi,* ſeq. *D. de minor.* Atque ut iudicium aliud omne eſt de re controverſa inter aliquos: ita aliud omne apud iudices arbitroſve, qui de ea re iudicent. *d. §. 1. Inſt. de action.* Sic & reſtitutio in integrum, & quidem eadem lege, qua in cæteris, ut res agi non poſſit niſi apud iudices [2] competentes & idoneos. Qua parte cætera ſunt cum reliquis iudiciis communia. Nam & qui iuriſdictionem habent, omnes pro ſua iuriſdictione de in integrum reſtitutione adiri & iudicare poſſunt; *L. in cauſſæ, 16. §. ult. D. de minor. L. ult. C. ubi & ap. quem cogni. in integ. reſt. agitan. ſit* & ſi de territorio aut loco quæritur, ubi agi debeat; quod in cæteris cauſſis iuris eſt, ut actor forum rei ſequi debeat, *L. 2. C. de iuriſ.* hoc idem & in reſtitutione in integrum poſtulanda ſervatur. *L. 2. C. ubi & apud quem.* Illud videri poteſt nonnihil proprii iuris habere, quod ſi adverſus rem iudicatam minor in integrum reſtitutionem poſtulet, placuit non ſolum maiores magiſtratus adverſus eam in integrum reſtituere poſſe, ſed etiam ipſum eumdem qui iudicaverat, poſſe adverſus ſententiam ſuam: quanvis ab eo ipſe idem appel-

1) Quæ ratio, vid. ſupr. *Lib.* 18. *Cap.* 12. *N.* 33. add. Harp. *ad pr. inſtit. de iis per quos agere. numer.* 22 Fr. de Caldas *in definit. v. implorandum n.* 5. qui tres adfert rationes 1) quia datur contra ius civile, (2) continet quandam retorſionem, cum & minor adverſario omnia quæ acquiſivit reſtituere debeat *infr. h. Cap. n.* 25. Et forſan poteſt ei noxia eſſe. Alienæ hæ rationes. Nam & in aliis iuris prætorii Procurator ex generali mandato auditur, & reſtitutio nunquam nocere poteſt *L.* 41. *hoc. tit.* 3) Procurator nequit venire contra factum domini *L.* 30. *Mandati* vid. Covar. 1. *Reſol.* 6. Odd. *P.* 1. *Q.* 31. *Art* 12. Mauric. *Cap.* 23. *& ſeqq.* Mynſ. 2. *Obſerv.* 26. Sed hæc ita ſi reſtitutio principaliter petatur. Non ſi procurator ad certam litem datus, & in eam quæſtio de reſtitutione incidat. Ex eo enim quod alicui commiſſa litis proſecutio cætera quoque demandata, ſine quibus iudicium peragi nequit *L.* 36 *de Procur.* Duar. *ad tit. Cod. Etiam per Procurat.* Octav. Veſtr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 15. Covar. 1. *var. reſol.* 6. *n.* 1. Odd. *d. Q.* 31. *Art.* 13. Mauric. *Cap.* 25. Wurmſer. *Lib* 1. *Tit.* 25. *Obſ.* 2. Mynſ. *decade* 9. *Reſp* 84 *n* 3. *&* 2. *Obſ* 26. *n.* 4 ubi ita iudicatum refert. Crebriori quoque DD conſenſu admittendus eſt habens mandatum petendi reſtitutionem in omnibus cauſſis, etſi cauſſa præſens, non expreſſa. vid. Harp *ad pr. Inſt. de iis per quos agere n.* 23. *&* 4. *ſeqq* Tutor vero & curator audiuntur abſque ſpeciali mandato argum. *L.* 10. *C. de appell* quia a lege dantur, vid. Caldas *d. loc. n.* 10. Mauric. 27. Duar. *ad d. t C.* Item Syndici, ſeu adminiſtratores publici nomine Reipubl. quia habent mandatum cum libera, Trentacin. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Procur. Reſol.* 2. *n.* 8. Item Oeconomi ac prælati Eccleſiæ vid. Mauric. *d. C* 27. *n.* 3. *& ſeqq.* Odd. *d. Q.* 31. *Art.* 7. *& ſeq.* Caldas *d. n.* 10. Rebuff *Art.* 1. *Gl.* 13 *& ſeq.* Non vero coniuncti *L.* 27. *pr. h. tit.* niſi pater tunc cum eius intereſt vid. *ſupra C.* 7 *n.* 14. Odd *d. Q.* 31. *Art.* 9. *&* 10 Sed & ſi reſtitutio contra ſententiam petitur, ſi prima cauſſa non recipit Procuratorem veluti Criminalis, neque hæc admittit, quia naturam primæ cauſſæ retinet & ſecundum eam regitur. Marſil *ſing.* 221.

2) Sed quis hic competens, qui magiſtratus reſtituat & an hæc cognitio mandari poſſit, itemque de foro competenti multa & magna contentio. Quam, ne diutius immorer hic, ad alia properans, nunc non definio. Remitto autem ad Cuiac. *in L.* 3. *de in int. reſt. & L.* 16. *§. ult. de minor.* Vaud. 1. *Quæſt.* 22. Duar. *ad tit. D de in int. reſt. C.* 2. *&* 3. *& ad tit. C. ubi & per quem.* Covar. 1. *var. Reſol.* 4. Mauric. *Cap.* 35. *& ſeqq.* Caldas *in definit. v. implorandum n.* 17. *& ſeqq.* Coler. *de Proceſſ. P.* 4. *Cap.* 2. *n.* 23. Menoch. *adip. poſſ. remed.* 4. *n.* 910. *& ſeqq.* Odd. *P.* 1. *Q* 32. Anton. Fab. 7. *Err. Prag.* 5. Marc. Lycklama 6. *Membran.* 4. Rutger. Rulant. *de Commiſſar P.* 1. *Lib.* 3. *Cap.* 19. Meichſner. *Tomo* 3. *Deciſ. Cam.* 7. *n.* 15. Menoc. *Lib.* 1. *præſumpt. Quæſt.* 72. In Francia reſtitutiones a Rege impetrandæ, vid. Reboff. *in Conſtit. Reg Proœm. Gl.* 5. *n.* 48. *& ſeq.* (ubi Curias ſupremas quandoque ex æquitate reſtituere) & Tiraq. *de retr. lignag.* §. 32. *Gl. un. n.* 62. *& ſeqq.*

appellari non possit: hoc in *d. L. in caussa*, 16. §. *ult.* & *L. minor*, 18. *L. praeses*, 42. *de min.* cuius differentiae ratio redditur in *L. praefecti*, 17. *eod.* de qua etiam supra suo loco diximus. Minor certe magistratus contra sententiam maiorum non restituet, quod est omnium iudiciorum commune, *d. L. minor*, 18. *eod.* Iudicio constituto inter quos oportet, & apud quem oportet, cum ad ius litigatoribus reddendum ventum est in eo, quod petitur, hic ordo est & forma iudiciorum reliquorum communis, ut non statim is cum quo agitur, cogatur vi praestare quod petitur; sed iudicem oporteat adversus oegantem prius caussam diligenter cognoscere. *L. iudices, C. de iudic.* Tum deinde caussa cognita sententiam ferre, ut petitore quidem intentionem suam non implente, vel exceptione summovo reus absolvatur; convictus autem condemnetur; condemnatus, remediis iuris iusto ordine ad solutionem urgeatur, ut comprehensum est *L. negantes, C. de oblig. & act.* *L.* 1. *C. de exsec. rei iud.* Haec omnia item in restitutione in integrum minorum diligenter [3] observari agnoscas. *Caussa cognita*, inquit Ulpianus, *& praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt.* L. in caussae, 13. §. 1. *D. de minor.* Ideo qui hereditate patris beneficio aetatis in integrum restitutus abstinuit se, si nemine de creditoribus paternis praesente, vel a magistratu evocato restitutus est, negat Modestinus restitutionem recte factam, negat creditoribus praeiudicasse. *L. etiam* 29. §. *ult. D. de minor.* Caussa cognita, si res videbitur non admittere in integrum restitutionem, iudex adversus minorem sententiam feret, & eum cum quo agebatur, absolvet, ut factum proponitur in *L. Aemilius, D. de minor.* sin contra sententia pro minore dicta reum condemnabit, ut in specie *L. intra, D. eod.* Nec vero prius adversus reum quidquam huiusmodi statuet, quam caussa cognita, multoque minus ante adversus eum quidquam exsequetur; cum exsecutionem praecedere debeat utrumque illud, & caussae cognitio, & iudicis sententia. *d. L.* 1. *C. de exsec. rei iudic.* Quod si ita est; sequitur, ut quemadmodum in reliquis iudiciis praecipitur ob supra scriptam caussam, pendente iudicio, atque adeo appellatione, nihil novandum: *tit. D. nihil innova. appel. interp.* sic nec postulata in integrum restitutione ante sententiam quidquam debeat adversus reum [4] novari praetextu aetatis eius, qui restitutionem postulat, sed debeant reo ante id tempus omnia integra servari, & in suo statu manere. Quod & in hac specie nominatim cautum est, ex illo superiore ductum videlicet, in *L. unic. C. in integ. restitut. postul. ne quid nov. fiat.* Atque haec omnium iudiciorum communia sunt, quae similiter in iudicio in integrum restitutionis minorum licet animadvertere: quorum explicatio plenior ex suis locis postea sumi poterit.

IV. Propria cuiusque iudicii sunt ea, quae ad ius petitoris pertinent: id ius in his rebus consistit; ut actionem quisque quam in iudicium deducit, sibi habeat; ut adversus eum, cum quo agit; ut de ea re, de qua agitur; ut eius obtinendi caussa, quod de ea re iudicio consequi desiderat: ex quo illa quaeri solent, quibus quaeque actio, adversus quos, qua de re, cuius rei obtinendae caussa competat. Horum ergo in singulis quale sit beneficium in integrum restitutionis, & quid hic minoribus tribuat, cognoscamus. Ita enim in summa, quale sit sua ipsius natura, habebimus, unde postea etiam sumat quisque, quod ad rectam huius iudicii institutionem conferatur.

V. Principio quod ad eos attinet, quibus in integrum restitutio, de qua agitur, com-

3) De quo fuse Odd. *P.* 1. *Quaest.* 34. *& seqq.* Et quod hic citandi, quorum interest restitutionem non fieri, Sich. *ad L.* 3 *Cod. de in int. restit.* *n.* 16. Caldas *in defnit.* v. *implorandum* *n.* 14. Odd. *d. Q.* 34. *Artic.* 8. *& seqq.* An & quando litis contestatio hic requiratur, idem *Q.* 35. *Art.* 8 *&* Mauric. *Cap.* 126. Illud alienius videtur quod post alios adstruere tentat Ioan. Bapt Asin *tr. de Execut.* §. 3. C. 190. Iudicem motu proprio, ex officio minorem non petentem restituere in integrum posse, aeque atque Ecclesiam *C. Cum venissent* 2. *extr. h. tit.* & sequitur Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 15. *n.* 5

4) *L.* 32. *C. de transact.* Quare sententia contra quam petitur restitutio, non potest interim exsecutioni mandari. Exceptio tamen in *Cap suscitata* 6. *de in int. rest* nisi caussa restitutionis requirat altiorem inquisitionem, & aequum appareat sententiam interim exsequi Menoch. *adip. poss. remed.* 4. *n.* 910. & Coler. *de Process. P.* 4. *Cap.* 2. *n.* 23. Item si petita contra sententiam Principis, ut notat Corset. *Singul.* 140. Menoch. *Lib.* 1. *praesumpt. Q.* 74. si suspicio probabilis malitiose peti restitutionem, caussa remorandae exsecutionis. Menoch. *d. Q.* 74. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 1 § 1. *n.* 14. Mynsing 1. *Obs.* 48. *&* 6. *Obs.* 80. *n.* 2. Octav. Vestr. *Lib* 8. *Pract aula Rom. Cap.* 3 *n.* 15. add. ord. *Camera P.* 3. *t. tul.* 52. Goed. *in Clem.* 1. *de sequestrat.* *n.* 10. Tessaur. *Decis.* 181. *n.* 4. Durr. *ad d. tit. Cod.* apud suos receptum docens, ut hoc praetextu nunquam differatur exsecutio nec sententiae nec instrumenti exsecutorii sive guarentigiati ut & Rebuff. *hoc tit. Artic.* 2 *Gl. ult. n.* 7. De vi restitutionis suspensiva pluribus Mauric. *Cap.* 29. *& seqq. & C.* 269. Odd. *P.* 1. *Q.* 42. *& seqq.* Caldas *in defnit.* v. *per quod pristinum ius n.* 14. *& seqq.* Fachin. 12. *Contr.* 17. *& 2. seqq.* Lancellot. *de attentatis P.* 2. *Cap.* 18. Mynsing. 3. *Obs.* 48. Matth de Afflict. *Decis. Neap* 356. Goed. & ab eo laudati in *d. Clem. un. de sequestrat. n.* 10 *& n.* 22. *ac seq.* Andr. Knich. *de Sax. non prov. iure* verbo *ius Cap.* 5. *n.* 108 *& seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *de Pract. Resol. tit. de Exsec. in int. f.* 165.

competit, satis iam supra ostensum est, quorum in persona hæc nascatur, ut his primum competere incipiat. Fuit autem hæc summa: nasci eam primum, & competere minoribus; non quibusvis, qui quid cum aliquo gesserint: sed qui eas caussas in se constitutas habeant, ex quibus hæc restitutio iure nascitur: caussas summatim has esse: si quid cum minore viginti quinque annis natu gestum sit, in quo læsus sit, idque sua facilitate & lubrico ætatis, & tempora restitutioni postulandæ præfinita adhuc largiantur: dum tamen extrinsecus nihil interveniat, quod in his ipsis caussis restitutionem excludat. Ac fuit, ut dixi, totus hic locus satis iam supra a nobis expositus. Ex quo illud saltem animadvertendum est, quod hoc loco moneri oporteat; nunquam ab initio hanc restitutionem alii competere quam minori: ut si ea cum semel cœperit, deinceps in huius solum persona consistat, nihil hic quærendum sit amplius, cum habeamus omnem eum, cui competat. Sed potest minori quæsita primum, ab huius persona transire iure ad alios, puta ad heredes & fideiussores minoris, si modo ius concedat: ut solent & alia iura tum creditorum tum debitorum ad hos transire. Nam quæ fideiussori tribuitur in integrum restitutio, eam non pertinere ad reum principalem constat. *L. minor*, 48. in pr. *de min.* Hinc ergo de heredibus & fideiussoribus quæsitum hoc loco, an similiter & hoc ius his competat ex minorum persona. De quo si ius certum esset, sufficeret id breviter indicari, atque hoc dici, in integrum restitutionem ex hac parte edicti competere minoribus, itemque horum tum heredibus tum fideiussoribus. Sed de horum utroque vetus dubitatio est: neque id solum: sed & quod ius de his constitutum est, adeo non est expeditum, ut & secum ipsum, & cum aliis partibus iuris pugnare videatur. Quamobrem & de utroque hic amplius cognoscendum est; ac primum ipsa dubitatio aperienda, quæ ad rationem iuris de his constituti cognoscendam viam muniat.

VI. Quæritur ergo, an quæ minori capto in integrum restitutio competit, ea minore defuncto heredibus eius competat, & si quid forte minor contraxerit, & in eam caussam fideiussores dederit, an competat item eius fideiussoribus. Dubitationis caussa est ex genere beneficii. Beneficia & iura omnia, quæ cuiquam iure tribuuntur, aut caussæ cohærent, aut personæ: quod de exceptionibus traditum in *L. 7. D. de except.* ad alia omnia iura cuiusque pertinet. Caussæ cohærere, seu caussæ esse dicuntur, quibus caussa propter quam tribuuntur, locum facit, non persona; quod tum fieri intelligitur, cum in eadem caussa competunt omnibus, ad quos ea caussa pertinet. Personæ autem esse, seu personæ cohærere contra illa dicuntur, quibus personæ conditio locum facit; ut quamvis forte certa de caussa tribuantur, non tamen in eadem caussa tribuantur omnibus, ad quos ea caussa pertinet, sed certis tantum personis: sic propemodum hæc explicantur in *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* Prioris generis sunt actiones: ut mandati, proposita ob mandatum omni, qui mandavit: depositi ob depositum omni, qui deposuit: de dolo ob dolum omni, qui dolo deceptus est; quod & in ceteris actionibus licet animadvertere. Huius item generis exceptiones hæ; pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, doli mali, quod metus caussa: utpote propositæ omnibus ex his caussis, si quis pactus sit, iuraverit, absolutus sit, dolo deceptus, aut coactus metu, sine discrimine personarum. *d. L. 7. D. de exc.* Posterioris generis est, exempli gratia, exceptio humanitatis caussa tributa quibusdam, ne in eo quod solidum debent, conveniantur ultra, quam facere possunt. Hæc habet quidem inter cæteras hanc caussam, quod qui convenitur, solidum solvere non potest, sed in hac ipsa caussa non tribuitur, nisi certis personis & quidem ob conditionem ipsam personarum; ut marito, parentibus, patronis, sociis, & aliis quibusdam. *L. sunt qui*, & seqq. *D. de re iud.* Ideo hæc exceptio personale beneficium esse dicitur in *L. quia*, *D. sol. mat.* idest, ut nunc loquimur, personæ esse, & personæ cohærere. De his beneficiis & commodis ita ius est; quæ caussæ cohærent, omnia transeunt ad heredes, ut qui in ius omne defuncti succedant, quod quidem personæ non cohæserit. *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* Eadem competunt & fideiussoribus. *d. L. 7. de exc. L. in persona*, *D. de fid.* Quæ vero cohærent personæ, seu quæ personæ sunt tum beneficia tum iura, quia personam non egrediuntur, ideo nec heredibus competunt, sed cum persona extinguuntur: *d. L. quia*, *D. sol. mat. L. 3. §. ult. D. quib. mod. us. amit. L. non solum*, *§. tale*, *D. de lib. leg.* nec tribuuntur etiam fideiussoribus. *d. L. 7. D. de except.* Hoc iure posito, quæritur, utrius generis esse putemus in integrum restitutionem minorum, ut si beneficium caussæ est, competat heredibus

dibus & fideiussoribus minoris: sin est personæ, pariter & his & illis denegetur. At hic conditio beneficii ancipitem quæstionem facit. Dixeris enim esse beneficium caussæ; quia tribuitur quidem minoribus; verumtamen non simpliciter qua minores sunt, sed ob caussam, si capti sint; ut huic beneficio non magis ætas, quam læsio & circumscriptio locum faciat. *L. quod si minor*, §. 1. *L. non omnia*, *D. de min.* Rursum personæ beneficium esse dixeris: quia non omnibus qui læsi sunt, tribuitur, sed tantum minoribus; nunquam maioribus de eo quod cum maiore gestum fuerit. *L.* 3. §. *sed utrum*, *D. eod.* Hinc ergo, ut dixi, ex genere & conditione beneficii, superior dubitatio. In qua de suprascriptis personis ita ius constitutum est. Quod ad heredes attinet, exstat de his generalis definitio Ulpiani ad omnes species restitutionum pertinens, in *L. non solum*, *D. de in int. rest.* in hanc sententiam; non solum eorum, qui Reipublicæ caussa absfuerunt, item cæterorum qui ex aliis caussis quam propter ætatem ipsi in integrum restitui potuerunt; sed etiam minorum successores omnes in integrum restitui posse. Ac ne quid ad fidem in hac specie desideretur, exstat de ea ipsa specie propria definitio eiusdem Ulpiani in *L. minor*, 18. §. *ult. D. de min.* in hæc verba: ***non solum minoribus, verum* 5 *successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, etsi sint ipsi maiores.*** Et ita in omni genere restitutionum sæpissime esse constitutum tanquam in re non dubia, ipse idem scribit in *d. L. non solum*, *de in int. rest.* Illud adiiciemus, sic heredibus in integrum restitutionem dari, ut detur his non totum statutum tempus ad in

integrum restitutionem, nisi forte id totum integrum habuit defunctus, moriens: sed id dumtaxat, quod habuit reliquum defunctus cui heredes extiterunt: hac lege tamen, ut si minores successerint, non ante 6 computetur his id reliquum tempus, quam vicesimum quintum annum excesserint: quæ sententia est *L. interdum*, 17. *D. de min.* Hoc ideo, quia in iis, quæ minores ad iuris sui persecutionem iure facere debuerunt, non computatur adversus eos minor ætas, nec per id tempus adversus eos cedit ulla temporis præscriptio. *L.* 2. *L. ult. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.* Cum autem de heredibus minorum ita in proposito statuerunt veteres, apparet eos prius hoc statuisse, in integrum restitutionem minorum esse beneficium caussæ, quod alioqui non transiret ad heredes, *d. L. quia*, *sol. matr.*

VII. Quo posito, convenire videbatur omnino, ut & idem beneficium daretur minoris fideiussoribus, ad quos defensiones reo tributæ, dum personales non sint, non minus pertinent. Nunc autem, quod non dico novum, sed mirum ac magnopere repugnans videri possit, sic de his ius constitutum est, ut quæ in integrum restitutio heredibus minoris competit, ea denegetur eius fideiussoribus, si nihil amplius, quam de beneficio ætatis agatur. Sane enim si minor dolo adversarii circumscriptus fideiussores dederit, competet & fideiussoribus doli exceptio eadem, quæ & minori decepto competeret: quoniam hæc non personæ tribuitur exceptio, sed caussæ: quam constat in eadem caussa omnibus deceptis tribui, etiam maioribus. *L.* 7. in fin. *D. de excep. L. ult. C. de fid. mi.* Sed 7 remoto adversarii

 dolo

5) Fr. de Caldas *in definit* v. *Minoribus* n. 43. *&* *seqq.* Modæ ad *L.* 6. *Cod. hoc tit.* Maurc. *Cap.* 15. *&* *Cap.* 156. Odd. *P.* 1 *Q.* 56. Matthæ de Afflict *Decis. Neap.* 211. Myns 4. *Obs.* 19 (Quin & heredem minoris ex persona eius restitui, ut hereditatem adire possit, statuit, in eoque exceptionem regulæ: Hereditas non adita non transmittitur, constituit post alios Iac. Schultr. *addit. ad Mod. Pist. P.* 4. *Q.* 131. n 246. *&* *seq*) Et aliis qui loco heredum *d. L.* 6 ut fideicommissarius universalis, cui non modo restitutio quæ testatori competebat, datur, sed & quæ heredi fiduciario minori si læsio circa res fideicommisso subiectas contigit, & inde damnum fideicommissario, Ludovic. a Peguera *Decis* 118. dominus minoris in servitutem redacti, pater qui in peculio *d. L.* 6. *L.* 3. §. 9. *de minor* Ubi *heredem* exponit *dominum* A. Fab. *ibid.* *&* 4 *Coniect.* 5. Quia non alius filiusfamilias quam miles successorem habere potest Et absurdum in peculio alio quam castrensi patrem succedere quasi heredem Atqui diserte dicitur pater quasi heres heredis filiifamilias *L.* 6. §. 4. *de statuib.* fatente Fabro *d. Cap.* 5. sed diversam rationem esse comminiscente. Sed hæc pluribus non exsequor. Cæterum & ad singularem successorem transire potest ex voluntate minoris restitutio, cum alteri cedi possit *L.* 24. *pr hoc tit.* *L.* 20. §. 1. *de tut rat. & distr.* vid. tamen Pet. Barbosa ad *L. quia tale* 14. (*alias* 13.) *Sol. matr.* n 62. Quia ex cessione agitur nomine cedentis, & persecutiones quoque extraordinariæ cedi possunt *L.* 2. §. *pen. de act. empti* Caldas *d. loc.* n. 47 Modæ. ad *L.* 6. *Cod. hoc tit.* vers. *denique & aliud.* Maurc *Cap.* 18 *&* *seqq* Odd. *P* 1 *Q.* 49. *Art.* 2. *&* 3. de Tiraq *de Retr. lignag* §. 26. *Gl* 3 *n.* 13

6) Ita & Maurc. *Cap.* 20. *n.* 1. *&* 2. Caldas *in definit. v. læsis n.* 16. Sed Ant Fab ad *d. L.* 19 hoc reprobat, putans duplici hic restitutione egere minorem; una ex persona defuncti cui succedit adversus caussam vel negocium in quo is læsus (a) ex propria persona adversus lapsa tempora petentiæ restitutionis *d. L.* 19. *verbis hoc enim ipso deceptus est* Nec obstare, quod si minor adolescentiæ annos prætergressus Reip caussa abesse cœpit, tempus non currit nisi a die quo rediit, continuato privilegio ætatis, cum privilegio iustæ absentiæ *L.* 1. 2 3. *C. de temp. in int. rest.* Nam ibi utrumque competit eidem personæ, quamvis ex diversa caussa. Hic vero alterum ex defuncti persona, alterum ex propria. Nec ex illa potest esse privilegium minori, quo defunctus ipse, si viveret, restitui non posset.

7) Consentit Duar *ad tit. C. de fidei min.* Quia si dolo deceptio, competit restitutio propter rem & genus caussæ. Nam exceptio doli daretur quoque maiori. Sed si in re, sine dolo, non daretur alii qui minor non esset

&c idem

dolo ſi tantum in re deceptus ſit minor, ut ſola ei relinquatur ad rem reſcindendam in integrum reſtitutio, de quo nunc agitur; placet, inquam, fideiuſſores eius eodem auxilio non iuvari: ſententia conſtanter tradita, in *d. L.* 7. in fin. *de exc. L. in cauſſæ*, 13. *D. de minor. L.* 1. *C. de fid. minor.* Cui ſententiæ multa adverſantur, ſive conditionem rerum quæ in hac ſpecie inſunt, ſive ſcriptorum quorumdam contrariorum auctoritatem ſpectes. In ſumma autem obiiciuntur huic ſententiæ quatuor: ex quibus primum levius: cætera huiuſmodi, ut non facile quivis eorum rationem explicet, efficiatque, ne videantur contraria: de quibus quam breviſſime poterit, reſpondebo.

VIII. Primum ergo illud eſt, quod ſibi ipſi opponit Ulpianus, & ſimul diluit in *d. L. in cauſſæ*, 13. *de minor.* Id tale eſt, ſi explicetur plenius. Quoties debitori tribuitur quoquo remedio, ne teneatur, ſi fideiuſſore eius convento futurum eſt, ut fideiuſſor adverſus eum regreſſum habeat iudicio mandati aut negotiorum geſtorum; placet fideiuſſori idem auxilium competere propter rei perſonam, ne is per fideiuſſorem oblique conveniatur. *L. quod dictum*, *D. de pact. L. ult.* in fin. *C. de uſur. rei iud.* At fideiuſſor qui pro minore mandatu eius tutore aut curatore auctore fideiuſſit, ſi denegara ei ex perſona minoris in integrum reſtitutione cogitur creditori ſolvere, mandati actionem habet adverſus minorem, qua pecuniam ſolutam ab eo repetat; ut hoc facto minor ab ipſo creditore per fideiuſſorem conveniri videatur. Quamobrem & fideiuſſori in hac ſpecie ſuccurrendum eſt. Sed hoc, ut dixi, levius, quod & non difficile expedit Ulpianus in *d. L. in cauſſæ*, 13. Negat enim in propoſito ullum huiuſmodi periculum minori a fideiuſſore metuendum, quia & minori adverſus fideiuſſorem æque ut adverſus creditorem ſuccurratur, ne his quidquam cogatur præſtare. Et recte. Uterque enim minoris creditor eſt, & dum utrique ſe obligando onus quod licebat non ſuſcipere, ſuſcipit, hoc ipſo læditur, ſatiſque eſt hæc captio ad in integrum reſtitutionem adverſus utrunque impetrandam. *L. non omnia*, *D. de min.* (in *L.* 1. *C. de fid. mi.* ita ſcriptum eſt; *ſi fideiuſſores pro minore pecuniam ſolverint, aut condemnati fuerint*, minorem ab his mandati iudicio conveniri poſſe: ſed additur exceptio, ſi modo minor *eo quoque nomine reſtitutionis auxilio non iuvetur*.) Plane ſi dolo minoris de ætate ſua mentientis deceptus ſit fideiuſſor, ut tanquam pro maiore fideiuberet, ſic tenebitur creditori fideiuſſor, ſine ullo auxilio in integrum reſtitutionis, ut tamen pecuniam ſolutam aut in quam condemnatus erit, utiliter repetat iudicio mandati a minore ſine metu in integrum reſtitutionis. Effectum eſt enim ſupra, in delictis minoribus non ſuccurri. *L. ſi ex cauſa*, *§. nunc videndum*. *D. de minor.* Quod cum in hac ſpecie poſſit interdum contingere: non fruſtra in *L.* 1. *C. de fid. mi.* ſcriptum eſt, ſi minor auxilio ætatis adverſus fideiuſſores ſuos non iuvetur, poſſe eum ab his pecunia ſoluta, aut ipſis condemnatis conveniri. Stulte id ita definiretur, ſi ſemper poſſet minor adverſus fideiuſſores adiuvari. Tum enim ſine ulla conditione ita ſimpliciter definiri oporteret, minorem a fideiuſſoribus quanvis pecuniam pro eo ſolviſſent, conveniri non poſſe, quia eo quoque nomine auxilio ætatis adiuventur. Sed ideo definitum eſt illo modo non ſtulte, quia poteſt incidere tempus, cum minor eo nomine non iuvetur. Quodnam igitur? id quod dixi, ſi minor fideiuſſorem dolo ad fideiubendum pro ipſo fideiuſſerit.

IX. Venio ad ea, quæ ſuperiorem ſententiam premunt cominus, nec ita facilem explicatu rationem habent. Obiicitur ergo ſecundo loco conditio obligationis fideiuſſoriæ, quoties de liberato reo agitur. De ea ſic ius eſt, ut in omnibus ſpeciebus liberationum liberato reo, liberentur & acceſſiones: cuius generis ſunt fideiuſſores & pignora. *L. in omnibus ſpeciebus*, *D. de ſol.* Iam vero minor reus beneficio in integrum reſtitutionis conſequitur, ut liberetur. Valeat igitur & ius ſuperius in horum fideiuſſoribus, ut hi eodem beneficio liberentur. Reſpondeo: quod dicitur, liberato reo liberari & acceſſiones, ut fideiuſſores, de vera liberatione accipiendum eſt; cum ſcilicet ita liberatur reus, ut & tollatur obligatio vel ipſo iure, vel per exceptionem iure communi competentem. Quod ſi manente obligatione conſequatur reus aliquo modo, ne teneatur, magis dicitur perſona eximi obligationi, quam liberari. Ac tum etiam quanvis ſubducta de medio perſona debitoris, nihilominus tenentur eius fideiuſſores, quia ſubſiſtat obligatio, cui fideiuſſo-

& idem *de acquir. hered.* C. 6. *f.* 456. vid. hac de re Mudæ. *ad d. tit. Cod.* Anton. Fab. & *Conſil.* 3. Mantic. *Cap.*

14. Odd. *P.* 1. *Quæſt.* 48. Caldas *in definit.* v. *minoribus* n. 46. *&* *ſeqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. tit. de Minorib. Reſol.* 4.

ſuſſores accedant. *L. ult. D. de duo. re.* Hoc autem genus exemptionis cernere eſt in perſona minoris obligati, cum in integrum reſtitutione utitur. Utcumque enim hanc impetrarit, tenetur tamen utroque iure & civili & naturali. Civili conſtat; cum ideo utatur reſtitutione, quia mero iure & communi tenebatur. *L. in cauſſa*, 16. *D. de min.* Naturali autem tenetur propter conventionem & fidem datam. *L. cum amplius*, §. 1. *D. de reg. iur.* Sed cum ita teneatur, extraordinario auxilio conſequitur prætoris propter periculum quod alioqui illi ætati imminet, ne conveniatur. *L.* 1. *d. L. in cauſſa*, 16. *de min.* Ita manente obligatione eximitur ſolum perſona obligationi: quo fit, ut exempta licet perſona minoris, nihilominus in obligatione maneant eius fideiuſſores: quod & ſupra quoque initio attigimus, cum ageremus de perſona minoris, quæ locum faceret huic beneficio.

X. Iam & tertio loco conſideretur illud, quale ſit, quod multo eſt ſuperiore gravius, exemplum, inquam, heredum minoris, de quibus diximus, & in hoc exemplo conditio beneficii in integrum reſtitutionis: quibus prima fronte quid poteſt videri magis contrarium? Placet heredibus minoris dari in integrum reſtitutionem, quæ defuncto competierat. At quamobrem: non alia id quidem ratione, quam quod cauſſæ beneficium fuit, vel in totum vel ex parte: quod ſi eſſet perſonale, non tranſiret ad heredes. *L. quia*, *D. ſol. mat.* Detur igitur & hoc idem minoris fideiuſſoribus ad quos eadem beneficia & commoda rei pertinent. *d. L.* 7. *de exc. L. ex perſona*, *de fideiuſſor.* idque ſic recte colligamus. Quodcumque auxilium ad liberationem reo competit, ſi cauſſæ cohæret, omne fideiuſſoribus competit. In integrum autem reſtitutio quæ ætati tribuitur, huiuſmodi beneficium eſt: argumentum certiſſimum, quod etiam heredibus minoris competit, non competitura, ſi eſſet beneficium perſonæ. Neceſſe eſt igitur & hanc fideiuſſoribus minoris competere; aut certe prius illud tollendum, quod dicimus competere eam minoris heredibus. Sed verum hoc prius, traditum tot locis. Verum ergo & poſterius. [8] Recte hic Bartolus ad *L.* 2. *C. de fid. min.* ſi modo id quod poſuit, recte ſtatuere, & eius rationem explicare potuiſſet, fatendum eſſe, ait, reſtitutionem in integrum beneficium cauſſæ eſſe; ſed & idem eſſe perſonæ, ut ſimul res quæ in hoc beneficio ſpectantur, & propter quas beneficium tribuitur. Cauſſæ eſt ſine dubio; quia non tribuitur minoribus hoc ipſo, quod minores ſint, & aliquid geſſerint: ſed ita, ſi eo facto inciderint in captionem, atque ita ob hanc captionem & læſionem; non aliter. *L. non omnia*, *D. de min.* Quod ni ita eſſet, auxilium ſenatuſconſulti Velleiani, quod mulieribus quæ interceſſerunt, tribuitur, non eſſet auxilium cauſſæ, ſed perſonæ; cum mulieribus ſolis quæ pro alio interceſſerint, tantum detur. Nunc autem cauſſæ eſt, & pertinet ad mulieres fideiuſſores. *d. L.* 7. *D. de exc.* quia ſcilicet mulieribus datum, non tantum quia mulieres ſint, ſed etiam quia interceſſerint, ideſt, virili officio functæ ſint. Rurſum reſtitutio in integrum minoris beneficium perſonæ eſt, quia ita tribuitur ob hanc cauſſam: ut tamen non aliis competat quam minoribus, ideſt, certo huic generi perſonarum. Quod cauſſæ eſt, ea re fit, ut competat heredibus minoris: quod perſonæ eſt, eo fit contra, ut denegetur eius fideiuſſoribus: ut intelligamus videlicet in perſona heredum minoris hoc beneficium haberi pro beneficio cauſſæ: in perſona autem fideiuſſorum minoris haberi pro beneficio perſonæ. Hoc ille ad iſtam ſententiam: ſed nulla addita huius diſtinctionis ratione fecit, ut magis ridenda hæc diſtinctio, quam ſequenda videretur, & ipſe iudicaretur eam diſtinctionem potius elabendi cauſſa, quam iudicio poſuiſſe. Etenim ſi hic ſubſiſtimus, quis non putet reſponſum eſſe nugatorium? Quid enim, an non licet rationem hoc modo invertere? quia beneficium cauſſæ eſt, detur fideiuſſoribus: quia perſonæ eſt, denegetur heredibus. Aut cur non licet dicere etiam hoc modo, quod ſit abſurdius? quia beneficium cauſſæ eſt, detur utriſque & heredibus & fideiuſſoribus minoris: rurſum quia perſonæ eſt, & his & illis de-

8) Et ita quod hoc beneficium non ſit mere perſonale, ſed miſtum ſtatuunt DD vid. Mauric. *Cap.* 13. Caldas *d. loc. n.* 44. Mynſ. 4. *Obſ.* 18. Petr. Barboſa ad *L. quia tale* 13. (ipſi 14.) *Sol. matr. n.* 47. *& ſeqq.* Et convenit A. Fab. ad *L.* 6 *de in int. reſt* Etſi enim reſtitutiones omnes plerumque dentur ob cauſſam, quæ perſonalis, nec ad heredes tranſit, dantur tamen ad rem ipſam & ratione geſti negocii. Et ibidem dicuntur redintegrandæ non perſonæ, ſed rei & cauſſæ actiones *ſupra Cap.* 4. *n.* 3. *ſub fin.* Nec tantum perſonæ tribuitur reſtitutio, ſed & cauſſæ, quæ meruit præcipuum favorem *L.* 42. *de admin. tut.* add. Gomez. 2 *Var. Reſol* 4. *n.* 6. Diſſ. Rebuff. *hoc tit. Artic.* 2. *Gl.* 5. *n.* 14. *& ſeq.* qui ſtatuit eſſe beneficium perſonale. Nam heres, ait, nomine minoris petit reſtitutionem non ſuo, & cenſetur idem cum defuncto. Atqui alia quæ perſonalia dicuntur beneficia heres nomine deceſſoris non habet. Diſſ. alii qui reale ſtatuunt, quod & Senatoribus Curiæ Spireoſis viſum refert Mynſ. *d. L.*

negetur. Quæ sunt aientia & negantia, potius *ἀπόφασις*. Quæ simul consistere non possunt. Et ita res habet omnino, ut nisi idonea ratio redditur, cur hoc beneficium in fideiussoribus minoris magis pro beneficio personæ esse interpretemur, quam in eius heredibus, incurrat superior distinctio in illas reprehensiones, ut merito etiam cum risu eiicienda videatur. Atqui si rationem differentiæ quærimus, non modo prima fronte ea non occurrit, sed etiam vera ratio videtur alia omnia postulare. Demus enim hoc beneficium propter heredes minoris sic accipi tanquam beneficium caussæ, ut his ipsis consulatur. Certe hoc posito illud potius necessario effici dixeris hac ratione multo magis tribuendum esse fideiussoribus. Certi enim iuris est, nec minus æquitatis notæ, ut naturalis est pro laborantibus favor, ita magis favendum, plusque tribuendum esse iis, qui de damno vitando laborant, quam qui de adventitio lucro faciendo. *L. non debet actori, §. 1. D. de reg. iur. L. ult.* vers. *pen. C. de codic.* Porro heredes minoris, qui ex huius persona restitutionem in integrum sibi dari postulant, laborant de lucro hereditatis obtinendo: qualis hæc hereditas a minore relicta est: fideiussores autem, qui eandem restitutionem sibi concedi desiderant, laborant de damno rei suæ, ne scilicet cum solverint, pecuniam solutam amittant, amissuri utique si hanc solvere coguntur, nec possunt a minore repetere. Quare si beneficium in integrum restitutionis in persona heredum pro beneficio caussæ habendum est, ut ad eos transeat, atque hoc modo his consulatur de lucro alioqui laborantibus: quanto magis in persona fideiussorum minoris hoc idem beneficium pro beneficio caussæ habendum erit, ut his succurratur de damno sollicitis? De quibus respondeo, vere hæc dici omnia, & ita in fideiussoribus quoque minorum vel multo magis statuendum fuisse, nisi hi pro minore fideiubendo hoc ipsum auxilium quatenus caussæ est, conventione 9 sua sibi præcidissent, & se pro persona ipsa teneri voluissent. Quod si fecerunt, satis conventione sua excluduntur, quæ ex edicto de pactis inter omnes servanda est. At hoc faciunt fideiussores, cum scientes, minorem esse, pro eo intercedunt. Certum est enim, qui fideiussores a minore dantur, eos eo consilio se dare, & simul accipi a creditore, ut pro persona ipsa minoris intercedant, & creditorem securum reddant adversus periculum restitutionis personæ. Qui autem ita intercedunt, apparet eos tacita conventione velle beneficium minoris sibi personæ esse, ne scilicet eo utantur, eademque opera simul ei beneficio, quatenus caussæ est, renuntiare. Merito igitur hac conventione tacita excluduntur ab hoc beneficio, ne decipiantur creditores qui fideiussores accipiendo adversus restitutionem personæ sibi cautum voluerunt: significaturque obiter hæc ratio, si quis attendit ab Ulpiano in *L. in caussæ, 13. D. de min.* Nullum huiusmodi factum aut conventio cum obstet heredibus minoris, quod eos ab hoc auxilio arceat: recte eo utentur, quatenus beneficium caussæ est: non quatenus personæ. In dubiis enim 10 benigniora præferenda sunt. *L. semper in dubiis, D. de reg. iur.*

XI. Enimvero etiam huic solutioni occurritur exemplo exceptionis Velleiani, quo & maxime confirmatur superior obiectio. Probatur enim hoc exemplo dilucide, quamvis sit aliquod beneficium partim caussæ, partim personæ, quod debitori in eo quod debetur competat, nihilominus fideiussoribus eius in ea re idem beneficium tribui, ut proinde id nec in persona fideiussorum habeatur pro beneficio personæ, sed caussæ, quo his consulatur itidem, ut debitoris heredibus, nec fideiussores ulla conventione tacita de periculo personæ præstando ab eodem beneficio excludantur. Id autem demonstratur hoc modo. Similia beneficia sunt in eo de quo agitur, in integrum restitutio, quæ minoribus obligatis competit, & exceptio Velleiani, quæ tribuitur mulie-

9) Ita & Valla *de Reb. dub. Tr.* 20. *n.* 5. Quia ad hoc adhibetur fideiussor ut creditori cautum sit Cuiac 19. *Obs.* 29. quia fideiussor in hoc accipitur ab eo, qui cum minore contrahit quod ei potius quam minori fidem habeat. Aliter est, quod sibi imputet fideiussor, si minoris qualitatem non ignorans pro eo intervenit. Nec audiendus si vult contra propriam obligationem venire, cessante in eo caussa restitutionis, læsione nempe cum lubrico ætatis coniuncta. Heredi vero nihil est quod imputetur & petita quoque ab eo restitutione caussa restitutionis perseverat, cum non contra proprium factum veniat. Convenit in effectu Petr. Barbosa ad *d. L. quia* 14. *Sol. matr. n.* 52. Quia qualitas personalis impedit, realis autem admittit transmissionem, in hac pugna assumit naturam simplicis æquioris & benignioris. Æquum autem est heredem minoris qui eandem obligationem suscipit, commodo eodem frui. Fideiussor autem ex alia & sua obligatione convenitur. Diss. A. Fab. 8. *Coniect.* 3. *& ad L.* 51. *de Procur. & ad L.* 13. *h. t.* putans, fideiussorem etsi sciverit conditionem minoris, restitutione ex eius persona uti, si tanquam pro quolibet alio fideiussit, id est, quomodo interveniret etiam pro maiore, sic accipit *d. L.* 51. *de Proc. & L.* 89 *de acq. her.* Tunc demum negari restitutionem, si diserte hoc actum ut fideiuberet tanquam pro minore, contemplatione Iuris prætorii *L.* 95. *§.* 3. *de solut.* adversus periculum & metum restitutionis.

10) Accedit quod quodammodo minoris ipsius interest, ut post mortem eius detur heredibus restitutio. Neque alioquin tanto pauperiorem hereditatem relinquat, quam vix quispiam adire velit. A. Fab. *ad L.* 18. *§. ult. hoc tit.*

lieribus iis, quæ pro alio intercesserunt. Utrumque enim pariter partim caussæ beneficium est, partim personæ. De restitutione in integrum minorum dixi ante. Eadem conditio est exceptionis Velleiani, ut & paulo ante attigi. Nam hæc senatusconsulto datur mulieribus ob certam caussam; nempe hanc, si intercesserint: itaque hactenus caussæ beneficium est. Rursum in hac ipsa intercessione non tribuitur hæc exceptio omnibus qui intercesserint; sed solum mulieribus: & hactenus persona locum beneficio facit. Atqui si mulier pro alio intercedens pro intercessione sua fideiussores dederit, placet quæ exceptio Velleiani ei competit, eandem competere & eius fideiussoribus, ut diserte scriptum est in *d. L.* 7. *D. de exc.* ubi tamen constat fideiussores ab ea dari, ut periculum exceptionis personæ eius cohærentis amoverent creditori: ut sic declaretur non ideo eos hac conventione impediri, quominus eodem beneficio tanquam beneficio caussæ utantur. Quapropter & in restitutione in integrum minorum, in qua alia sit conventio fideiussorum pro minore intercedentium, nihilominus fideiussoribus eius tribuendum est, nec quidquam impediet superior conventio. Respondeo, recte ita colligi, siquidem similia essent per omnia in eo de qua agitur, in integrum restitutio minorum, & Velleiani exceptio. Nunc autem cæteris rebus hæc beneficia similia, unum dissimile habent, quod illa in ea transmissione, de qua quærimus, merito distinguit. Utrumque beneficium, fateor, partim caussæ est, partim personæ. Etiam fideiussores, qui pro muliere intercedente fideiubent, id agunt, ut periculum liberationis, quod a persona mulieris metuitur, in se suscipiant, similiter ut qui pro minore fideiubent. Sed hoc interest, quod restitutio in integrum etiam maxime impetrata minorem [11] non liberat, sed tantum eximit obligationi, ut supra docuimus: ut proinde manente obligatione, necesse sit & fideiussores in ea retineri propter conventionem illam tacitam, qua id agitur, ut periculum quod a persona minoris est, creditori amoveant. Exceptio autem Velleiani mulierem, quæ intercessit, liberat. Est enim exceptio perpetua prodita iure communi, puta senatusconsulto Velleiano. Cuiusmodi exceptionem qui habet, ut ipsa non magis tenetur, quam si iure ipso nulla esset adversus eum actio. *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Hinc illa: pecuniam quæ propter exceptionem non debeatur, debitam non esse iuribus pecuniam, id est, omni iure. *L.* 3. *§.* 1. *D. de pec. const.* Item, eum qui exceptionem perpetuam habeat, solutum per errorem repetere posse. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Quod certe non faceret, si ante vel natura debuisse existimaretur. *L. si pœnæ*, in pr. *C. eod.* Hæc res facit, ut quanvis fideiussores mulieres pro ea intercedente obligari voluerint, & quidem ita, ut auxilio mulieri competente tanquam auxilio personæ cohærente constituerent se uti nolle; non tamen eo magis obligari possint, secus, quam fert obligatio principalis rei. Obligatio enim fideiussoria accessio est principalis obligationis, nec plus potest esse in accessione, quam in principali re: non denique quisquam fideiussor ita adhiberi, ut in duriorem caussam obligetur. *§ fideiussores, Inst. de fid. L. græce, §. illud, D. de fid.* Ergo in hac exceptione fideiussores idem beneficium cum muliere commune habent, non quod non sit etiam ex parte beneficium personæ, non quod item non id egerint fideiussores, ut se omnimodo pro persona ipsa mulieris in omnem eventum obligarent: sed quod etiam si aperte id convenissent, non tamen conventione id efficere potuerint, repugnante fideiussoriæ obligationis natura.

XII. Postremo ut desint alia argumenta, oppugnatur certe superior sententia de fideiussoribus minorum certis locis diserte scriptis: in quibus traditur etiam fideiussoribus minoris per in integrum restitutionem succurri. Loci hi sunt. *L. minor, D. de mi. L. si pupillus, D. de acq. her. L.* 2. in fin. *D. de adm. tut.* Et de his locis negari non potest hoc ipsum in illis ita scriptum esse; sed probandum est id quod hactenus recte vulgo videtur, ius in illis tradi proprium earum caussarum, de quibus illic agitur: ideo ad alias species transferri non debere, nec definitionem generis superiorem ea re mutari. Sed quoniam id certe statui non potest, nisi cognita tum unaquaque specie eorum locorum

corum

11) Ita & obiectioni isti quod accessoria obligatio sine principali subsistere nequeat, quam & Donellus ita solvit, *ut supra h. Cap. n.* 9) Resp. Duar. *ad tit. C. de fid. min. in fin.* Restitutio non tollit obligationem ipso iure, nullo enim prætoris auxilio obligatio civilis perimitur. Et A. Fab. *ad L.* 48. *pr. h. tit.* Obligationis vinculum iure civili contractum, non nisi legitimis modis dissolvi potest. Inter illos vero non est restitutio, quippe quæ iuris prætorii. Et ita Bald. *ad L.* 1 *Cod. de fid. min.* elidi per restitutionem obligationem principalem, non tolli *L.* 41. *h. t.* Valia *de rebus dub. tr.* 20. *n.* 5. Mauric. *Cap.* 13. *n.* 6. *&* 7.

eorum, tum ratione ſingulorum propria, quæ illas ſpecies cæterarum numero eximat: utrumque faciendum eſt, ut & quæ illæ ſpecies ſint, & quæ in his ſuperioris iuris ratio, conſideremus. Species quidem locis lectis patent: quia tamen ex his pendet reſponſi ratio, eas breviter ſubiiciamus. In *L. minor*, *D. de proc.* offeruntur fideiuſſores pro minore alienæ litis defenſionem ſuſcipiente, & promittente iudicatum ſolvi. Negat Ulpianus eum minorem in quibus cauſſis in integrum reſtitui poſſit, idoneum defenſorem eſſe, quanvis fideiuſſoribus datis; quia & ipſi, & fideiuſſoribus eius per in integrum reſtitutionem ſuccurratur. Similis ſpecies. *L.* 2. *§. ult de adm. tut.* In *L. ſi pupillus*, *de acq. her.* proponitur pupillus, qui cum heres exſtitiſſet patri, creditoribus hereditariis promiſit idem, quod ex contractu & cauſſa hereditaria illis debebatur, & ut facilius impetraret ab his dilationem alicuius temporis, etiam fideiuſſores dedit. Illic ſcriptum eſt ſuccurrendum eſſe & fideiuſſoribus ab eo datis, ſi ex contractu hereditario conveniantur. Hæ, inquam, ſuperiorum locorum ſpecies ſunt; in quibus dicimus proprium ius eſſe, quod placet fideiuſſoribus minorum eandem in integrum reſtitutionem competere: non idem in cæteris cauſſis fideiuſſoribus tribuendum. Non recte; niſi redditur idonea ratio, quæ harum cauſſarum propria, eas in hac re a cæteris ſeparet. Quod & vulgo omnes intelligunt: idcirco etiam rationem reddunt. Ea eſt quam ab Accurſio traditam ad *d. L. minor*, *de proc.* cæteri [12] ſunt ſecuti, quod in ſuperioribus cauſſis quanvis minori & fideiuſſoribus eius ſuccurratur per in integrum reſtitutionem adverſus creditorem, tamen creditor actionem habeat adverſus alium ad ſuum conſequendum. Ut quanvis aliena defenſione a minore ſuſcepta neque ipſe neque fideiuſſores teneantur: habet tamen ſemper creditor actionem veterem adverſus debitorem ſuum; qui in iudicio a minore defendebatur. Item, cum pupillus ſe abſtinet, ut maxime non teneantur nec ipſe, nec fideiuſſores eius; tamen ſemper ſupereſt creditoribus hereditariis actio, qua utantur adverſus alios heredes, qui hereditatem a pupillo omiſſam adibunt. Hinc volunt intelligi, ſi minore & fideiuſſoribus eius in integrum reſtitutis creditor adverſus alium actionem non habeat, tum fideiuſſoribus minoris in integrum reſtitutionem non concedendam in necem creditoris; ſic enim loquitur Ulpianus in *L. cauſſæ*, 13. *de minor.* ſin creditor adverſus alium actionem habeat, æquum eſſe nec minorem nec fideiuſſores eius inquietari. Et habet hæc ratio nonnullam ſpeciem veri: ſed neque ſuperioribus locis omnibus convenit, nec ſi conveniret, per ſe ſatis idonea eſt, propter quam fideiuſſoribus minoris idem beneficium tribui oporteret. Non convenit certe ſpeciei *L. ſi pupillus*, *D. de acq. her.* ubi ſi pupillus heres, qui ſe pro hereditario contractu tanquam heres obligavit, & fideiuſſores dedit, ſe poſtea abſtineat, placet omnimodo fideiuſſoribus eius ſuccurri. Et tamen hoc caſu non ſemper evenit, ut minore & fideiuſſoribus reſtitutis creditores actionem adverſus alium habeant Non enim poſſunt adverſus alium actionem habere, niſi minore abſtinente alius hereditatem adeat, qui hereditariis obligetur. At fieri poteſt ut nemo alius adeat. Quid enim, ſi hereditas ſit damnoſa, quam alii non magis ſint adituri, quam pupillus eam retinere voluit? ut profecto hactenus dici non poſſit actionem ullam, quæ creditoribus ſit adverſus alios, in cauſſa eſſe, cur fideiuſſoribus minoris ſuccurratur. Sed eſto: demus in utraque ſpecie ſuperiore reſtitutis minore & eius fideiuſſoribus, creditorem actionem habere adverſus alium; pro quo minor defenſor exſtiterat, aut alium heredem, qui poſtea hereditatem adiit. Non tamen ne id quidem ſatis eſt cauſſæ, cur fideiuſſores impetrata in integrum reſtitutione creditori non teneantur. Quid enim, ſi debitor iſte principalis, aut alius heres vel abſit, vel ſolvendo non ſit? Certe hic ſaltem omnes concedent nihil prodeſſe, atque adeo nullam eſſe eam actionem, quam inanem facit vel abſentia, vel potius inopia debitoris. *L.* 6. *D. de dol.* Eo fit, ut ſi hic iſtius actionis, quæ iure adverſus alium eſt, ratio habeatur, valde iniquum ſit tum fideiuſſoribus ſuccurri cum damno & iniuria creditoris. Neque vero id concedendum eſt, ut declaratur in *L. cauſſæ*, 13. *D. de min.* Et tamen indiſtincte, ac proinde in his caſibus omnibus

[12]) Ita Mauric. *Cap.* 14. *n.* 9. Odd. *Quæſt.* 48. *Art.* 5. Trentacinq. *Lib.* 2. *pract. Reſol. titul. de Minor. Reſol.* 4. *n.* 6. Qui & *n.* 5. fideiuſſori iudicii prodeſſe reſtitutio. Quia cum is obligetur ex proceſſu principalis, ex eadem perſona commodum ſentire debet, *L. ult. in fin. C. de Uſ. rei iud.* add. Odd. *Q.* 48. *Art.* 6. Plane ſi fideiuſſor heres ſit minori reſtituitur *L.* 95. *§.* 3. *de ſol.* Odd. *d. Quæſt.* 48. *Articul.* 3. Trentac. *d. Reſol.* 4. *n.* 2. verum quatenus heres, non tanquam fideiuſſor Fr. de Caldas *in definit. v. Minoribus n.* 48.

bus datur in integrum restitutio fideiussoribus minoris in supraścriptis caussis. Non potest igitur his data videri ob eam caussam, quod creditor adversus alium actionem sit habiturus; omninoque hæc ratio & a superioribus locis aliena est & per se ad id efficiendum, de quo quæritur, minime idonea. Vera ratio, quæ superiores caussas a regula communi cæterarum eximat, opinor hæc est, quod in his caussis fideiussores pro minore intercedunt non simpliciter, sed pro minore sub certæ personæ qualitate; seu pro minore, quatenus talis aut talis persona est; eam autem personam exuit beneficio in integrum restitutionis. Ut, in *L. minor, de proc.* fideiubent pro minore quidem, sed pro minore ut defensore alienæ litis, & quatenus hanc personam suscipit, interposita iudicatum solvi stipulatione. In *L. si pupillus, de acq. her.* fideiubent pro minore non solum herede, sed tanquam herede, seu quatenus heres est, utpote pro eo, qui se obstringat pro contractu hereditario tanquam heres. Id cum fit, ipsa conventione fideiussionis satis aperte id agitur, ut si minor eam personam deponat, pro qua intercessum est, fideiussores non obligentur. Dicent enim: nos pro defensore alienæ litis fideiussimus: At hic defensor non est: fideiussimus pro herede, quatenus heres est, nempe obligatus pro contractu hereditario: at hic non est heres. Atqui minor qui tanquam defensor alienæ litis, aut tanquam heres fideiussores dedit, beneficio in integrum restitutionis consequitur, ut utramque hanc personam deponat, cum velit, id est, ut neutrum sit, aut certe utrumque esse desinat. Quapropter utraque persona a minore deposita, satis vel ipsa conceptione fideiussionis fideiussores liberantur. Non sane ipso iure: nam ne sic quidem minor liberatur: sed eodem genere, quo succurritur minori; proinde in integrum restitutione.

XIII. Quæ cum ita sint, sit iam nobis conclusus hic locus de heredibus & fideiussoribus minoris, cum quæritur, an his quoque in integrum restitutio ex persona minoris competat; estoque hæc summa. Quæ in integrum restitutio minori beneficio ætatis competit, eadem minore defuncto competit & eius successoribus omnibus, utpote tanquam beneficium caussæ cohærens, adversus quod nihil faciunt heredes hereditatem adeundo, quamobrem & beneficio renuntiasse videri possunt. Eadem denegatur minoris fideiussoribus; quia pro minoris persona fideiubendo hoc ipso videntur beneficio caussæ renuntiasse. Ideo enim pro minore fideiusserunt, ut susciperent in se periculum restitutionis, quod a minoris persona metuebatur: neque id aliter fit, quam si eo auxilio tanquam auxilio caussæ cohærente non utantur. Neque his patrocinatur minoris liberatio, quæ per in integrum restitutionem contingit. Sic enim non tam liberatur minor, quam eximitur persona: & obligatione principali manente, nihil prohibet consistere fideiussoris obligationem. Excipiendi sunt nobis duo casus, quibus in hac quæstione iustis de caussis etiam fideiussoribus ex persona minoris in integrum restitutio tribuitur. Unus est, cum fideiussor pro minore circumvento intervenit. *L. 2. C. de fid. mi. L. 7.* in fin. *D. de exc.* Quippe hinc est minori doli exceptio quæ omni ex parte exceptio caussæ est, non personæ. Competeret enim in eadem caussa deceptis omnibus etiam maioribus. Ideo in integrum restitutio, ex eadem caussa minori competens, & ipsa caussæ beneficium est: quod proinde necesse est etiam transire ad minoris fideiussores. *d. L. 7. de exc.* Alter casus est, cum fideiussor pro minore fideiussit sub conditione certæ personæ, quam personam minor beneficio ætatis deponit: veluti, si fideiusserit pro minore defensore alienæ litis, quatenus talis est; pro minore herede tanquam herede, & qui tanquam heres se obligarit. Qui pro his quatenus tales sunt, fideiussit, apparet eum, si tales non sint, obligari nolle. Desinunt autem extraordinario auxilio tales esse, qui in integrum restitutionem comparatam habent, ne defensores heredesve sint. Illud in hac etiam specie diligenter notandum est, satis esse ad defensionem fideiussorum, quod minor in integrum restitutionem iure partam habuit, etiamsi ea non utatur. Quod eo pertinet, ut quamvis is in integrum restitutionem a magistratu non postulet, atque adeo restitui nolit, nihilominus fideiussoribus ex persona eius in integrum restitutio competat, qua recte utatur etiam invito minore: traditum in hac specie in *L. 2.* in fin. *D. de adm. tut.* definitum generaliter de omnibus commodis ex persona rei fideiussori competentibus in *L. ex persona, D. de fid.*

XIV. Atque hi sunt, quibus in integrum restitutio minorum competit. Adversus quos competat, videamus. Et competit adversus aliquem aut ex aliena persona, aut ex sua.

XV. Ex aliena; adversus patrem ex re a filio, adversus dominum ex re a servo

cum

cum minore gesta, ut [13] pater dominusve restituere iubeatur, quod ad eum pervenerit: quod non pervenerit, id ex peculio eorum præstare. *L. quod si*, §. *si servus*, *D. de min.*

XVI. Ex sua persona adversus omnem, ad quem per occasionem rei a minore gestæ aliquid pervenit. Cuius generis tres sunt: is cum quo minor contraxit, gessitve aliquid; is ad quem emolumentum facti minoris statim pervenit, quanvis cum eo nihil contractum gestumve sit: tum rei a minore alienatæ quivis possessores.

XVII. Competit ergo primum adversus omnem, cum quo minor quid contraxit, gessitve, quo quid ad eum perveniret: ut, si quid minor emerit, vendiderit, permutarit, si quid cui promiserit, remiserit: est in integrum restitutio adversus eum, cum quo quid earum rerum intercessit. *L. in caussa*, 13. §. *ult. D. de min.* Et hoc sine controversia. In his enim omnibus, itemque similibus minor in eum cum quo negotium gestum est, recte contulit id, quod nunc restitui postulat: ut videri possit minor hic eum sibi obligatum habere, velut ex contractu ad restitutionem.

XVIII. Competit secundo loco & adversus eum, in quem minor nihil quidem contulit, fecit tamen id, cuius emolumentum ad eum pervenit aut recta, aut per consequentiam. Recta, ut in repudiatione aut abstentione hereditatis, qua minor beneficio ætatis usus est. Nam si post hanc omissionem alius cui sequenti loco deferebatur hereditas, eam adierit; satis intelligitur dici non posse hunc heredem quidquam accipere a minore. Minor enim omittit hereditatem, non quo eam in alium transferat, sed ut eius incommodis se liberet. Sequens deinde heres vacantem adit, eamque consequitur ita, ut consequatur sua aditione solius, non ullo cuiusquam traditione. Quod si minor mutata voluntate restitui postulet, ut sibi eandem hereditatem adire liceat, constitit supra id ei permitti debere. Enimvero etiam illud constitit, non posse eum id facere, nisi præeuntibus & discedentibus adversariis, ad quos ea res pertinet, ut sint hi, adversus quos in hac re postulet in integrum restitutionem. Adversus quos igitur postulabit? Adversus heredes eos qui omissam a minore hereditatem adierunt, etsi minor neque cum illis contraxerit, neque etiam in eos quidquam contulerit: indicatur in *L. quod si minor*, §. *Scævola*, *D. de min.* Quo iure? quoniam satis est quod ea omissione lucrum oblatum minor amisit, cuius amplectendi occasio sequentibus heredibus facto minoris ac tanquam negotio heredum gesto nata est. Per consequentiam emolumentum rei a minore gestæ ad alios cum quibus nihil gessit, pertinet, cum principalem reum liberavit, & ab hoc dati sunt fideiussores, aut pignora, aut alius est eiusdem obligationis reus. Nam & horum omnium obligatio per consequentiam tollitur. *L. in omnibus*, *D. de sol. L.* 2. *D. de duo. reis*. Ergo & adversus hos minor recte actionem in integrum sibi restitui postulat. *L. patri*, §. *penult. D. de minor.*

XIX. Postremo *interdum*, inquit Ulpianus, *restitutio & in rem datur minori*, *idest*, *adversus eius rei possessorem*, *licet nec cum eo* contraxerit minor, nec facto minoris quidquam ad eum pervenerit. *Utputa*, inquit, *rem a minore emisti*, *& alii vendidisti*: *potest desiderare interdum adversus possessorem restitui*, *ne rem suam perdat*, *vel re sua careat*: hoc ille in *L. in caussa*, 13. §. *ult. de minorib.* Quando ergo potest? declaratur ibidem, & fragmento sequenti. Nempe hoc duobus casibus. Uno, si emptor sequens scit rem a minore primum ita venditam fuisse. Altero, si ignoravit quidem, sed prior emptor solvendo non est. Quod si [14] posterior emptor bona fide emit, & prior, heresve eius solvendo est, placet nihil novi constituendum adversus possessorem, cum & is bona fide emerit & res minori nihilominus salva esse possit adversus priorem emptorem agendo, cum quo contractum est: hoc, inquam, in *d. L. in caussa*, in fin. & *L. plane*, *sequen. de minorib.*

XX.

13) Ne ex facto filii, aut servi lucrentur damno minoris. Nam contra ipsum servum nulla restitutio, uti nec alia actio, contra filiumfamilias inutilis, dum in potestate, delata executione in tempus quo sui iuris *L.* 10. §. *ultim. de fide.* Ant Fab. *ad d. L.* 24. §. 3. Datur & contra heredes *L.* 6. *&* 7. *Cod. hoc tit.*

14) Ita & Odd *P.* 1. Q. 32 *Artic.* 17. Sed hæc ita si in pretio tantum venditionis minor læsus. Ubi si locuples is cui ipse minor vendidit, etsi ab eo res alii vendita sit, potest minor quod deest iusto pretio ab illo consequi. Si vero in ipsa venditione læsus, ut si vendidit etsi iusto pretio, quod retinere debuerat, indistincte dari contra tertium possessorem volunt non attento an, locuples sit qui a minore accepit Odd. *d. Art.* 17. *n.* 87. Mudæ *ad L.* 6. *C. h. tit.* Hoc enim ipso intelligitur non solvendo esse, quod simul atque alienavit restituendi facultatem amisit. Et Mauric. *Cap.* 21. *n.* 7. *&* 8. confirmans hoc ex *L.* 9. *pr. h. tit.* Sed in eo non esse standum simplici affectioni & assertioni minoris, verum probandum ei quod reio ipsam potius habere expediat quam pretium. Confer, Vasq. 3. *contr. usu freq.* 65. Plane si minor venditionis nomine vectigal solvit, restitutio contra venditionem adversus publicanum quoque pro vectigali porrigetur. Parlad. 2. *rer. quotid.* 3. §. 5. *n.* 16.

XX. Hæc huiusmodi sunt, ut declarent restitutionem in integrum modo pro actione in personam esse, modo pro actione in rem, modo has ipsas actiones minori tribuere, prout minori commodum esse videbitur, quo quam facillime & citissime ius suum recipiat. Pro actione in personam est, eiusque naturam imitatur, cum datur adversus eos, cum quibus quid gestum contractumve est a minore, aut ad quos facto minoris aliquid pervenit. Sic enim datur adversus hos, tanquam qui minori ad restitutionem obligati sunt illi ex contractu, his quasi ex contractu tanquam negotio eorum gesto. Unde pro natura actionum in personam non adversus hos tantum datur in integrum restitutio minori, sed & adversus eorum heredes. *L. plane*, 14. *D. de minorib.* Pro actione in rem est, cum re a superioribus alienata placet restitutionem dari etiam adversus eius rei possessorem; quem tamen constat nec cum minore quidquam contraxisse, nec ex negotio ab eo gesto quidquam accepisse; proinde nec illi obligatum esse, *d. L. in causse*, 13. *§. ult. de minor.* Sic enim sunt actiones in rem, ut dentur adversus rei nostræ possessorem, qui nullo iure nobis sit obligatus *L. actionum*, *D. de obl. & act.* § 1. *Inst. de act.*

XXI. Restituit minor 15 has ipsas actiones, cum prætor omissa plena cognitione sua, quæ dicitur cognitio prætoria, aut actionem veterem in personam minori dat rescissa acceptilatione, qua debitorem suum liberaverat, aut dat iudicium in rem tanquam domino, rescissa alienatione, qua primum res a minore exierat. Indicantur hæc in hac specie restitutionis in *d. L. in causse*, § *ult. de min.* apertius in restitutione eius, quod metus caussa gestum est in *L. metum*, 9. §. *sed quod prætor*, & §. *volenti*, *D. quod met. caus.* Ex his iam non difficile intelligi potest, quid sit illud, quod Paulus scribit in *L. quod si minor*, §. *restitutio*, *de min. ex hoc edicto*, inquit, (hoc edictum de minoribus intelligens) *nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione*. Non dixit ex hoc edicto nullam actionem proficisci, vel cautionem, idest, remedium, quo minori caveatur, consulatur; sed nullam propriam, id est, eam quæ in hac specie una esset & certa, eiusque speciei ita propria, ut in alias non caderet: nempe ideo, quia, ut dixi, modo sola prætoris cognitio adhibetur, eaque varie, interdum ut vicem actionis in personam præstet, interdum vicem actionis in rem: modo has ipsas actiones restituit, ut his tanquam veteribus nec amissis minori uti liceat. Et hoc prout minori expedire videbitur: de quo prætor æstimabit, pendetque id ex eius cognitione.

XXII. Illud in hac parte meminisse oportebit, quod in exceptionibus huius restitutionis attigimus, ex omni numero eorum, adversus quos in integrum restitutio postulatur, semper excipiendos esse, ex iis quidem quibus reverentia debetur, parentem, patronum, patronam: ex cæteris minorem, cum quo eo nomine agitur. De prioribus Iustiniani constitutio est, *L. ult. C. qui & adv. quos.* Quam in superioribus exceptionibus interpretati sumus: & ad has personas referri oportet exceptionem velut a Triboniano insertam, quæ legitur in *L. patri*, §. *ult. D. de minor.* De minore ita ius vetus est minori adversus minorem, qui & ipse læsus sit, nullam esse in integrum restitutionem. *L. verum*, §. *pen. L. si minor*, 34 *D. de min.* Nam cum in eo quod inter duos minores gestum est, cum ambo capti sunt, par sit caussa utriusque, convenit iuxta regulam iuris in pari caussa potiorem esse caussam possessoris, & eius unde petitur. *L. in pari*, *D. de reg. iur.*

XXIII. Ac de his, quibus & adversus quos competat in integrum restitutio, satis. Sequitur res, de qua hanc ipsam competere volumus. Et si in integrum restitutio recte definitur amissæ rei redintegratio; sic enim initio definivimus, exstatque in *L. 2. C. si quib. caus. in int. rest. nec. non est*. Vel hinc statim intelligitur, omnem in integrum restitutionem de re agenti amissa competere: proinde & hanc minorum competere minori de re,

15) Sententia Donelli videtur, quod vel recta instituí possit restitutio contra possessorem, vel rescindente iudicio prius instituto contra primum emptorem, postea rescissoriam intentari contra secundum. Mudæ *ad L. 6 C. h. tit.* Modum hic duplicem esse (1) Ut recta petatur restitutio Sique excipiat reus, se nihil gessisse cum minore, dicat minor, attamen inspectis meritis negocii se restitui æquum esse. (2) Ut recta agat in rem. Cumque obiicietur alienatio per replicationem, eam rescindi petet Vel statim in actionis exordio profiteatur se vindicare, auxilio restitutionis Et Maure *d. l.* 21 Restitutionem esse in rem scriptam, nec necesse ut prius conveniatur primus emptor pluribus litibus minor implicetur. Sed A. Fab. 7. *err. prag.* 2. non posse recta exerceri contra tertium possessorem, nec unquam eum cogi ut litem de restitutione suscipiat, a quo minor captus non est. Sed rescisso contractu adversus eum, qui minorem læsit, aliquando effectum restitutionis adversus tertium porrigi. Idem est etsi emptio per plures personas ambulaverit *L.* 15. §. 1. *h. t.* Verum hic minor pretium, quod accepit totum vel in quantum ex eo locupletior est, non restituet ei eum quo contraxit, sed possessori a quo rem evincit Quia restitutio non daretur, si alter qui a minore accepit solvendo esset, alias cum effectu non haberet regressum posterior emptor contra priorem A. Fab. *ad d. L.* 15. §. 1.

re, quæ ei facto eius amissa est, ut quod amisit, hoc auxilio ei restituatur. Idque est, quod alibi dicitur, restitutionem hoc efficere, ut minor ius suum integrum recipiat. *L. quod si minor*, §. *restitutio*. *D. de min.* Item, ne minor in damno moretur. *L. unic. Cod. de rep. quæ fi. in iud. in integr. restitut.* Competit autem minori restitutio de re sua amissa, aut quæ si omissa non esset, erat eius futura, sive ea res in solidum eius fuerit, sive fuerit ei cum alio communis. Vendiderunt fundum communem domini fundi, in quibus unus fuit minor: aut iidem de re inter ipsos communi cum alio transegerunt. Minor pro portione sua restitutionem recte implorabit. Nec metuemus, ne hoc modo etiam restituantur maiores qui rem aut caussam cum eo communem habent, quod est contra sententiam edicti. Sic enim pro parte sua restituetur minor, ut ad communicandum edicti beneficium eius ætas non patrocinetur cæteris: hoc in *L. unic. C. si in commun. ead. caus. in integ. restitut. post.* Sane si [16] emptor a toto contractu velit discedi, quod partem solum non esset empturus, audiendus est, si id prius sibi concedi postulet, ac nisi id præstat minor, deneganda est ei in integrum restitutio *L. tutor*, §. 1. *D. de min.*

XXIV. Superest finis in integrum restitutionis. Est autem is qui verbis ipsis huius auxilii satis declaratur, ut scilicet quod a minore gestum est, in quo is læsus est, in integrum restituatur. Solum hoc videndum, quid his verbis contineatur, id est, quid his verbis tribuatur aut adimatur minori. In quo est huius iudicii, & omnis in integrum restitutionis effectus. Et horum verborum hæc vis est, ut quod cum minore aut ab eo gestum est, ita restituatur, ut sint & ipsi minori, & adversario omnia integra: qua ex re fiat, ut quasi nihil gestum esset in eo cuius restitutio postulatur, ita unusquisque in eo ius suum integrum recipiat, quod postremum positum est in *L. quod si minor*, §. *restitutio de min.* Cui congruit, quod aliis verbis dicitur eadem sententia in *L. unic. C. de rep. quæ fi. in iud. in int. rest.* eum, qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec debere in lucro. Ac de minore quidem constat, restitui ei debere hoc auxilio, quod ei facto suo abest, & ad alium pervenit; præterquam cum minor restituitur ad eandem hereditatem. In qua specie constitutum est, quæ antea gesta erunt per curatorem bonorum decreto prætoris ad distrahenda bona secundum formam iuris constitutam, rata esse habenda; proinde nihil eorum ei restituendum, quamvis præcedente repudiatione eius factum sit, ut ea amitteret. *L. in integrum D. de min.* Cætera amissa ei restituuntur, sive ei abest pecunia, ut re ab eo empta emptionis pretium; sive res, ut rebus ab eo distractis aut alio modo alienatis; sive actio, debitore eius liberato: sive libertas, obligatione suscepta quam non suscipere licebat: quæ esse solent damna, huic restitutioni locum facientia. *L. non omnia*, *D. de min.* In quarum rerum restitutione illud monendum puto; si quid minori amissum sit in contractu bonæ fidei interposito cum alio, puta in emptione aut venditione, aut si quid ab eo repudiatum, quod delatum esset ex caussa legati vel fideicommissi: sic ex his caussis pecuniam aut rem principalem illi restitui debere, ut ex ipso tempore rei gestæ etiam [17] pecuniæ usuræ, & rei fructus accedant, quæ una cum re restituenda sint. *L. minor*, 40. in fi. *D. de min.* Et certe hæ accessiones in bonæ fidei iudiciis, itemque in legatis & fideicommissis ex mora debentur sine alia conventione. *L. mora.*

16) Quia minoris non interesse potest, nisi pro parte sua, ideo non potest petere rescissionem in totum. Quando vero emptoris interest a toto contractu discedi, is auditur ob incommoda communionis, ad quam nemo adigendus. A. Fab. ad d. L. 47. Obiicitur: Appellatio unius consortis prodest alteri. Resp. ita, si eadem caussa defensionis, quando uterque potuit appellare. Hic diversa, quia maior non potest in integrum restitutionem petere. Hæc ita si res divisionem recipiant. Aliud in caussa individua ubi non potest sentire commodum restitutionis, nisi restitutio consorti communis fit, ut si de servitute agatur *L. 40. pr. Quem serv.* vid. Duar. *ad L. 1. C. Si in com. ead. ca.* Gomez. *2. resol.* 14. *n.* 10. Mauric. *C.* 144. *n.* 4. vid. idem *Cap.* 185. *&* 187. Odd. *P.* 1. *Q.* 46. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Re sint. tit. de Minor. Resolut* 5. Ant. Gamma *Decis.* 291. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract.* *Q.* 67. Afflict. *Decis. Neap.* 213. Mudæ. *ad d. L. un Cod Si in com. ead. ca.* P. Heing. *P.* 2. *Q.* 19. *n.* 37. ac seqq. P. Frider. *Lib.* 3. *de contin. cauß. Cap* 15. *n.* 32. Coler. *Decis.* 273. Diss. quodammodo Gomez *d. resol.* 14. *n.* 10.

17) *L.* 24. §. 4. *L.* 27. §. 1. *hoc tit.* *L.* 1. *C. Si quis in rem min.* Sed percepti ante litem restitutionis, quatenus valor rei pretium a minore acceptum excedit. Pretii enim usuræ cum fructibus compensandæ. Restitutio namque indemnem præstat minorem, non cum damno alterius ditiorem: ita Fr. de Caldas ad *L.* 3. *Cod hoc tit. v. implorare in int. restit. n.* 13. Odd. *P* 1. *Q.* 45. *Art.* 2. vult omnes interim perceptos restituendos esse cum re, etiam consumptos illos, ex quibus non factus locupletior, contra Covar. 1. *Var. Resol.* 3. Miror vero qui asseveret Ant. Fab. 7. *Err. Prag.* 6. omnium interpretum vocem esse in tribunalibus omnibus receptissimam, et qui in restitutione obtinunt fructus illos solùm præstandos qui percepti aut percipi potuerunt a die litis contestatæ. Cum contra Odd. *d. Art.* 2. pluribus relatis, communem conclusionem DD. esse testetur ut in restitutionem hanc veniant quoque fructus antea percepti. Vid. & Io. Copus *Lib.* 4. *de fructib. tit.* 1. *C.* 1.

ra, §. 1. *L. usuræ*, *D. de usu.* Ut autem scriptum est in *L.* 3. *C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.* in minorum persona re ipsa, & ex solo tempore tardæ pretii solutionis mora fit; in iis videlicet quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis, & legatis: Quæ plane definitio huc referri debet.

XXV. Et de hac parte restitutionis, qua minori ipsi consulitur, minor est, aut potius nulla dubitatio. Illa pars habere potuit dubitationem, qua dicimus etiam minoris adversario succurri oportere. Quid enim, si sit maior? maioribus non tribuitur hoc edicto in integrum restitutio. *L.* 3. §. *sed utrum*, *D. de min.* Hic igitur diligenter monemur, sic ex hoc edicto in integrum restitutionem esse minori, ut simul sit etiam parata in eadem caussa adversario. Idque verbum in integrum restitutionis aut animadversionis, quo prætor in hac re utitur, satis exprimit: cum non sit restitutio in integrum, nisi re irrita facta, & in pristinum statum restituta. Quod sane si ab initio fuisset, etiam nunc adversario ius suum esset integrum. Sed & edicti sententia atque æquitas hoc exigunt. Quo enim hæc restitutio edicto prætoris constituta? Ut minoribus consulatur, ne propter fragilitatem capiantur, & in aliquod damnum incidant. *L.* 1. *L. quod si.* §. 1. *D. de min.* Non ergo hoc prætori propositum, ut minores ex imbecillitate ætatis lucrum quærant cum iactura alterius. Est enim contra æquitatem naturæ. *L. nam hoc*, *D. de cond. ind.* Adversus hanc nulli imperitia aut infirmitas sua patrocinari debet. *L.* 1. *C. si ad dol.* Nec nos moveat, quod isto modo consulitur maioribus. Aut enim deneganda fuit in integrum restitutio minoribus; aut hac admissa necesse fuit etiam illam partem admittere: ut hæc pars non tam propter maiores inducatur, quam propter minores, ut his procedat restitutio, quam postulant. Nam minor petens ut restituatur, hoc petit, ut rescindatur & irritum fiat, quod gestum est. *L. quod si*, §. 1. *L. non omnia*, *D. de min.* Hoc vero impetrato res eo deducitur, ut quasi nihil ab initio gestum esset, ita sint omnia

tam minori, quam adversario integra. Restituitur ergo adversario quod ex eodem negotio admisit, pervenitque per caussam eius negotii ad minorem, aut dolo malo minoris factum est, quominus perveniret. Si quid pervenit, inquam, ad minorem, aut dolo eius non pervenit. Nam cætera non præstat minor qui restituitur. Unde in integrum restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum, qui ad libertatem aditione eius pervenerunt, a minore refundenda non esse placuit. *L. in integrum*, *D. de min.*

XXVI. Quod autem pervenit ad minorem, ita amissum restituitur, adversario, ut restituatur, quodcumque est, quod amisit: puta sive ei pecunia abest, sive res, sive actio.

XXVII. Abest ei pecunia: ut, cum rem emit a minore, & solvit pretium. Hic si minor in fundo vendendo circumscriptus restituetur, ita iubebit prætor emptorem fundum restituere cum fructibus, ut simul iubeat eum [18] pretium recipere, ut est in *d. L. quod si*, §. *restitutio*, *de min.* & quidem pretium cum usuris ex mora. *L. tutor*, 47. in fi. *D. de min.* Sed hoc sic accipiemus, si aut pecuniam adhuc extat apud minorem, aut in rem eius versa est, aut emptor sententia iudicis iussus est pretium solvere. Quod si sine iudice pretium solutum erit minori, & is pecuniam male consumpserit, aut aliter perdiderit, Iustiniani constitutio est, qua cavet eam solutionem minori non nocere. §. *ult. Inst. quib. al. lic. vel non. L. sancimus*, *C. de adm. tut.* Nulla erit igitur his casibus adversario eius pecuniæ restitutio, & nihilominus minor rem suam recipiet.

XXVIII. Abest res adversario: ut, cum rem aliquam vendidit minori, cum eo permutavit, divisit. Si minor adversus hæc restitui volet, restituetur hac lege, ut simul etiam adversarius rem suam recipiat, quam placet minorem restituere debere, & quidquid ad eum pervenit, vel dolo malo eius factum est, quominus perveniret. *L. unic. C. de rep. quæ fi. in iud. in int. rest.* Idemque placuit minorem

 face-

18) Etsi casu id perditum vid. *supra* C. 10. *n.* 5. *sub fin.* Nec adstringitur emptor ut probet id versum esse in rem minoris vid. *d.* C. 10. *N.* 26. vers. *Sed hae.* Et emptor de meliorationibus & expensis recte agit, remque ipsam eo nomine retinet. *L.* 39. §. *ult. h. t.* vid. Odd. *P.* 1. *Q.* 47. *Art.* 6. *&* 7. Sed si melioratio naturaliter insit & re ipsa ex cursu & qualitate temporum contingit, solvenda non est, ut si per alluvionem quid accrevit. Quia restitutionis natura ea tantum quæ ex labore & industria, non quæ naturaliter accedunt admittit C. 1. *extr. h. t.* 119 Fr. de Caldas *in defin. v. per quod pristinum ius recuperat n.* 12. Plura de restitutione adversario communi, &c. Odd. *P.* 1. *Q.* 47. Mauric. *C.* 214. Caldas *d. v. per quod pristinum*, *&c.*

facere debere in restituenda hereditate, si is adiit hereditatem, & restituitur, ut sibi hereditatem repudiare liceat. *ead. L. unic. L. ait, 7 §. non solum, 3. D. de min.* Quibus ergo hanc hereditatem restituet, cum præter eum nulli alii fuerint heredes? Restituet creditoribus, ad quos ea res pertinet. Quibus cum per aditionem obligari cœpisset, tanquam heres, necesse habet, si restitui velit, & his non teneri, implorare adversus hos ipsos in integrum restitutionem, quo ab his liberetur. Ergo restitutus, quidquid ad se pervenit, his ipsis restituet, quorum in ea caussa res agitur: aut si sequentes in præsentia exsistent, qui adire volent, his ipsis fiet restitutio, ut sit apud eos, unde creditoribus satisfiat.

XXIX. Abest actio adversario, cum aut minorem pacto, vel acceptilatione liberavit, puta in transactione; aut minor a debitore creditori delegatus est, qua intercessione minoris factum, ut debitor quoque liberaretur. Hic ergo si minor transactionem rescindi postulet, placet ita eum impetrare, ut adversarius veteribus actionibus uti possit hoc modo, ut si pacto tantum transactum sit, his recte utatur ipso iure, cui si opponetur pacti exceptio, ea doli replicatione elidatur. Sin creditor minorem acceptilatione liberavit, perempta quidem fit pristina obligatio, sed actio ex instauratione negotii creditori tribuatur: hæc in *L. 1. L. 2. C. si adv. transf.* Recte ex instauratione negotii tribuatur. Nam amissa semel actio iure nunquam revocatur. *L. qui res, §. aream, D. de sol. L. Mævius, §. duorum, D. de leg. 2.* Sed hoc, inquam, ita iure ipso. Cæterum a prætore extraordinario auxilio restitui potest. *L. ult. C. si adv. transf.* Et ut nunc loquimur, ex instauratione, idest, restitutione negotii tribui. Neque in hac specie tantum restituitur creditori actio, ubi recte restituitur adversus minorem ex eodem edicto de minoribus; sed etsi minore delegato interveniente debitor liberatus fuerit, ac postea restituatur, minor etiam in veterem debitorem debebit restitui, actio, ut est in *d. L. unic. C. de rep. quæ fi. in iud. in int. rest.* consequetur hoc creditor in iudicio restitutionis in integrum minoris hoc modo, si iubeatur minor hoc illi præstare, ut debitor veterem actionem in se recipiat idem creditori promittendo, nec prius cogatur creditor minorem per in integrum restitutionem liberare. Sed & hoc omisso idem ultro consequi minor potest a debitore per in integrum restitutionem ex edicto de restitutione maiorum, ex illa clausula, quæ est in extremo, *Item si qua alia iusta caussa mihi esse videbitur, in integrum restituam.* L. 1. L. sed etsi, *§. ult. D. quib. ex cau. mai.* Hæc enim iustissima caussa est restituendæ veteris actionis ei, qui illam nulla sua culpa, sed beneficio prætoris in minorem collato amisit. Beneficia enim iuris in cuiusquam iniuriam tribui non solent. *L. nec avus, C. de emanc. lib.* Tantum in hac actionis restitutione hoc tenendum erit, si facto minoris actio temporalis sublata sit, quo tempore pauci dies creditori ad agendum restabant, restitutionem actionis eam futuram, non ut restituatur actio tota, qualis ab initio fuit, sed solum tantumdem temporis præstetur quantum supererat. *L. ult. D. de min.* In universa autem restitutione minorum, quam adversario simul præstari debere diximus, sciamus hanc ita a minore exigi, si iustus vicissim restituere, quod accepit, uti velit in integrum restitutione. Quod si nolit, malitque ex pœnitentia retinere quod habet, quam quod amittit, recipere; recte: 19 placuit potestatem ei faciendam, habereque eum exceptionem utilem in eam rem adversus eum, qui ex caussa iudicati rem quam dederat, petit: & hoc, quia liceat unicuique contemnere ea, quæ per se introducta sunt. *L. si iudex, D. de min.* Illuc ergo redeo, non esse in integrum restitutionem minori, nisi hac lege, ut adversarius in eodem negotio, quod rescissum est, ius suum integrum recipiat.

XXX. Cui sententiæ videtur adversari *L. cum minor. 28. D. de min.* Ubi sic

Celsi

19) Iniquum enim est ut res iudicata noceat ei pro quo iudicatum est *L. 16. de exc. rei iud.* At in *d. L. 41.* Iudicatum pro minore. Nam quod & minor iussus pretium reddere emptori, non tam inde ei condemnatus, quam id factum ut iusta esset restitutio A. Fab. ad *d. L. 41.* add. Mauric. *Cap. 142. & Cap. 144.* Confer Tiraq. *de Retr. lignag. ad finem titul n. 24. & seqq.* Illud in *d. L. 41.* prioribus non convenire videtur quod dicitur, nec queri poterit *venditor*, cum imo ibi ipse minor vendidisse proponatur. Unde pro eo *emptor* substituunt Cuiac. & A. Fab. *ibid.* Sed Lycklama 3. *Membran. eclog. 16* potius verbum *queri* passive accipit pro culpari, reprehendi, ad Iudicem trahi. Nam id familiare Iurisconsultis vid. P. Fab. ad *L. 12. de R. I.* Val. Guil. Forst. 1. *Obs. succis. 4.* Sic vero minor renunciat restitutioni iam impetratæ. Uti & litem inchoatam deserere potest ut ex *L. 6. Cod. hoc tit.* probat Mudæ *ibid.* Quia necesse est illic in minore adhuc ætate renunciationem factam esse. Dicitur enim *intra ætatem cui succurri solet*. Quadriennium vero post perfectam ætatem non est *cui*, sed ætas *in qua* subvenitur. Impetratæ vero renunciari aut facultas petendæ abdicari nequit Mudæ *d. loc.* Anton. Fab. ad *d. L. 41. in fi.* alias, ait, hoc ipso captus intelligeretur. Vid. Odd. *P. 1. Q. 36.*

Celsi definitio est: *cum minor adversus eum, cum quo tutelæ egit, restituitur, non ideo tutori contrarium tutelæ iudicium restituendum est* Definitio paulo obscurior proposita specie plana fiet. Propone igitur hoc modo. Minor cuius tutela prius gesta erat, pubes factus curatore auctore egit iudicio tutelæ cum tutore, qui tutelam administraverat, quod diceret ex ea administratione sibi aliquid a tutore deberi. Tutor non contentus negare se quidquam ex ea administratione debere, etiam ultro contrario iudicio tutelæ egit, quod diceret se in rem pupilli impendisse, quæ sibi etiam deberentur. Re cognita iudex pronuntiavit neque tutorem minori quidquam debere ex administratione tutelæ, neque minorem vice mutua tutori: ita utrumque utroque iudicio absolvit: a qua sententia neuter appellavit. Minor postea adversus rem iudicatam in integrum restitutionem postulat, ut sibi de eadem re liceat agere veteri iudicio tutelæ: quod & beneficio ætatis impetrat. Ea re motus tutor etiam vicissim postulat sibi restitui contrarium tutelæ iudicium, ne impune & suo commodo tantum minor rem iudicatam conetur rescindere. Negat Celsus ei restituendum. Non ergo semper verum est, minore restituto etiam adversarium ex restitutione ius suum recipere debere. Quod & ipsum vere dicitur, idque ipsum in superiore specie ita esse apparet; sed nihil ideo hic prioribus contrarium, dum recte intelligatur, quid sit quod supra intelligi voluimus: quod hæc definitio magis aperiet. Quod igitur diximus minore restituto etiam adversarium ius suum recipere: de uno & eodem negotio intelligendum est, cuius partem cum minore constituit adversarius ita, ut utriusque persona & consensu accedente contraheretur id negotium, uno ex his detracto non consisteret. Adversus id si restituitur minor, qua parte negotium ab eo gestum est; merito dicimus & adversario pro parte sua id negotium restitui: quia restitutione rescinditur negotium inter ipsos, nec potest unum quod ex utriusque persona necessario constabat, pro parte minoris rescindi, quin in totum rescindatur. Cuius rei exempla præbent emptio, venditio, permutatio, divisio, transactio & similes contractus: quos ex personis duorum ita constitui videmus, ut nec emptio sine venditore, nec venditio sine emptore intelligi possit, similiterque nec permutatio, divisio, transactio sine persona unius dantis & alterius accipientis. Propone ergo minorem quid vendidisse, & adversus hanc venditionem restitui, aut contra, quid emisse, & restitui adversus emptionem. Iure fit, & quidem necessario, ut utrobique adversario quoque suum integrum restitui debeat; quia in his minor ex persona sua restitutus facit, ut una parte rescissa simul & altera rescindatur, quæ sine priore consistere non potuit. Idemque in permutatione, divisione, transactione intelligendum est: in quibus item minor pro parte sua restitutus hoc efficit, ut in totum nulla sit permutatio, divisio, transactio. Ita, ut dixi, toto negotio restituto sequitur, ut rebus omnibus integris utrinque constitutis etiam adversarius ius suum, quod nullo negotio gesto futurum esset, integrum recipere debeat. Non idem probandum est, cum duo sunt negotia diversa nihil inter se commune habentia, quorum adversus unum cum restitutus erit minor ita, ut totum rescindatur, nihilominus natura sua consistere possit alterum. Cuius generis sunt ea, de quibus est definitio superior Celsi, actio tutelæ a minore instituta, & contra tutelæ actio a tutore opposita. Nam [20] & actio tutelæ minori esse potest, ut nulla sit tutori contraria: & contra potest tutor contrariam tutelæ actionem adversus minorem exercere, ut nulla sit minori directa tutelæ. *L. 1. D. de contr. & util. act. tut. L.* 1. Quæ res ostendit hæc iudicia esse separata, nec quidquam inter se commune habere. Non mirum igitur, si rescisso iudicio tutelæ per in integrum restitutionem non rescinditur contrarium iudicium tutelæ, quod nulla societate cum priore coniunctum fuit. Sed meminerimus omnem hanc rescissionem negotii, quæ per in integrum restitutionem inducitur, constitui tantum inter minorem, qui restitui postulat, & eum adversus quem postulatur restitutio. Aliis cum quibus forte ante restitutionem quid gessit minor necessitate obligationis susceptæ coactus, hæc rescissio non nocet, ut infirmentur ea; quæ cum his gesta sunt.

Pro-

20) Ita & Cuiac. ad *d. L.* 28. hic duo iudicia, species separatæ, nec contrarium cum directo quid commune habet, & Duar. *ad t. C. si adv. transf.* ac Ant. Fab. *d. L.* 28. Etsi pendeat utraque actio ex eadem caussa, diversæ tamen sunt, diversis competunt, ad effectus diversos.

Propone minorem institutum heredem adiisse hereditatem, & priusquam restitueretur, servos hereditarios ex fideicommisso manumisisse, aut solvisse quibusdam creditoribus. Si postea in integrum restitutus fuerit respondit Papinianus & manumissos retinere libertatem, nec pro ea quidquam præstare cogendos, etsi ab iis qui pecuniam suam recuperassent, alii creditores sibi quid inde communicari vellent, eorum querelam non esse admittendam. *L. si mulier*, 31. *D. de minor.*



HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS SECUNDUS.
De Exceptionibus, seu Præscriptionibus,
CAPUT I,
Quid sit exceptio, quid præscriptio, & unde hæ appellationes ductæ.

Transitio ad exceptiones. Hæ quomodo in iudicium a reo deducantur. I. II.
Exceptio quid sit. Definitio per partes exponitur. III.
Unde dicta; & cur eadem a S. C. Paulo conditio appellatur, IV.
Exceptio a præscriptione discrepat nomine dumtaxat; res eadem; utriusque significatio promiscua. V.
Præscriptio cur ita nuncupetur: quæ nominis notatio, & origo. VI.

I. Atque hæc hactenus de in integrum restitutionibus tum maiorum tum minorum; neque id solum, sed in universum de omnibus actionibus, sive quæ iuris nostri integri, sive quæ amissi sint actiones: quo in genere posteriore in integrum restitutiones posuimus. Cum ergo de iis rebus quæ in iudicium deduci solent, proposuerimus has duas esse, ab actore actionem, a reo exceptionem: actionibus cognitis, quarum cognitione ad omnem iuris nostri rectam persecutionem informemur, restant exceptiones tuendis contra reis comparatæ, de quibus ordine cognoscamus.

II. Nulla vero res cum ab actione discesseris, in iudicium principaliter deducitur, quam a reo exceptio, quod ita liquere potest. Omnis enim cum quo agitur, qui modo non fateatur ultro, quod petitur, sed contendere paratus sit, ad omnem defensionem suam aut [1] infitiatione intentionis utitur, aut depulsionem, quam exceptionem seu præscriptionem in usu iuris appellamus. Infitiatio est, qua negat reus ullam actionem actori in eo de quo agitur, competere. Ea duplex est, simplex, aut cum affirmatione novi facti coniuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat factum id, quo nomine agitur, quo remoto tanquam actionis caussa, etiam actio tollitur. Ut, actor decem petit, quæ se dicit mutua dedisse; reus a quo petitur, negat data. Aperte hæc infitiatio [2] nihil in iudicium deducit, sed actionem & intentionem in dubium vocans, solam hanc relin-

1) Anton. Mass. Galef. *Tr. de Except. initio*. In omnibus, ait, caussis tres gradus, ex quibus aliquem reus ad resistendum capiat oportet. Aut factum negat, ubi constitutio caussæ coniecturalis; aut negat eam vim habere, ubi definitiva; aut tale esse quale actor dicit, ubi status qualitatis, iuridicialis, negocialis, negata conclusione libelli. Quæ ex Cicerone & Rhetorum libris sumpta, & convenit Mercer. 2. *Opin.* 10. Obrecht. *de Lit. contest.* C. 5. n. 18. & L. 8. n. 1. Responsio vel alia directa, cum ad caussam principalem respondet, simpliciter factum vel ius caussæ negando. Alia indirecta quando exceptio opponitur.

2) Et quod hæc mera & absoluta negatio facti non sit, vera exceptio, communiter etiam interpretibus placuit teste Covar. *in C. possessor malæ fid. de R. I. in 6. P. 2. relect. princ. n. 5.* Et probat post alios Wes. *Par. D. h. t. n. 2. & in complemento ad Sonduin. tit. h. t.* Cuiac. *ad L. 17. §. 2. de pact. & ad L. 2. de probat. 69. Pauli ad Edict.* Vult. *ad h. t. 1. n. 27.* Bocer. *Class. 3. Disp. 16. Th. 104.* Rulan *de Commissar. P. 4. lib. 3. C. 6. n. 5.* Negantis enim meræ nulla est probatio. Exceptio vero a reo probanda Cuiac. *ad d. L. 2.* Atque hic actor, probata intentione, obtinet, nec ulla exceptione coniungitur. Solumque disceptatur, an sit verum quod actor in intentionem

relinquit, de qua in iudicio quæri oportear. Cum affirmatione novi facti coniuncta infitiatio est, cum reus actionem actori aliquando competiisse confessus, nunc illi competere negat, quod dicat postea esse amissam: puta actorem ideo vindicare rem non posse, quia se dicat rem usucepisse: actorem iure in personam non agere, quod dicat se solvisse, aut acceptilatione, vel interitu rei, vel quo alio modo iure ipso esse liberatum. Hæc affirmatio posterior sine dubio deducitur a reo in iudicium, quam & illum probare oportet. *L. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam eius, quod reo efficere propositum est. Nam principaliter eo spectat hæc affirmatio, ut ostendat vere negare reum actionem actori competere. Id enim fit, si in actione in rem actor dominus esse desiit re a possessore usucapta, in actione autem in personam reus qui aliquando debuit, postea aliquo modo liberatus est ipso iure. Solum igitur, ut dixi, reus principaliter in iudicium deducit id, de quo cognoscendum sit, cum depulsione & exceptione utitur, idest, cum de intentione actoris confessus tam in iure, quam in facto, ea exceptione utitur, quæ actorem removeat. Id genus est de quo nunc quærimus.

III. Exceptio est 3 defensio rei, quæ actioni alioqui iure constitutæ opposita hanc ipsam æquitatis ratione excludit. Defensionem voco omnem allegationem defendendi rei caussa adhibitam. Omnis vero exceptio huiusmodi defensio est: unde etiam exceptiones generali verbo defensiones dictæ in *L. defensiones, C. de exc.* Et recte: est enim exceptio omnis comparata defendendorum reorum caussa, ut est in pr. *tit. Inst. de exc.* Non quævis defensio actori opposita exceptio est; sed quæ iure actionem excludit. Inde exceptio dicta Ulpiano quasi quædam exclusio actionis. *L. 2. D. eod.* Hinc illa verba usitata de vi & effectu exceptionis, cum dicimus actionem exceptione removeri, summoveri, repelli, infirmari; quæ omnia idem valent, atque si dicamus excludi. In quibus indicandis non opus est longiore opera: sunt enim legentibus apud iuris auctores passim obvia: tantumque in his moneri satis est. Excludit autem exceptio non quidvis, sed actionem, & eam iure ipso constitutam. Idque est, quod Iustinianus scribit *tit. de exc.* in pr. tune esse exceptionem, cum ipsa persecutio actoris iusta est. Iustam enim intelligit iure ipso comparatam, Et ut hoc ille non exprimeret; tamen cum dicatur exceptio esse quæ actioni opponatur. *d. L. 1. de exc.* nec possit dici actio, nisi quæ iure talis sit, satis hoc idem his ipsis verbis indicari intelligeremus. Hinc licet intelligere, nunquam esse exceptionem, nisi cum actori constituta est iure actio, quæ exceptione summoveatur. Proinde si ei qui agit, adversus reum aut nulla unquam fuit actio eius rei, quo nomine agitur, aut si fuit, ipso iure finita est; quidquid adversus eam intentionem dicet reus, ut se mutuum accepisse fateatur, sed solutionem alleget, id defentionem dici posse, exceptionem 4 certe non esse. Eiusque rei non dubium

tionem deduxit, nec de alicuius exceptionis vi, aut viribus inquiritur aut cognoscitur. Covar. *d. n. 5.* Quin immo ubi factum vel caussa agendi a reo negatur, defensio illi non necessaria dicitur *L. 9. Cod. h. t.* edd. not. *infra h. Cap. N. 4.* Hæc negatio quomodo proponenda notabo *infra Lib. 24. C. 2.*

3) Et passim defensiones pro exceptionibus *L. 4. L. 9. L. 11. C. h. t. L. 52. pr. de iudic. L. 56. de cond. indeb. L. Fabius 30. de pact. dotal. L. 1. C. de iur. & fac. ig. L. emptori 28. C. de evict. C. cum inter 5. C. dilecti 8. extr. h. t.* Et dicuntur arme reorum. *Gl. in pr. I. h. t.* Sich. ad *L. 19. C. de prob. n. 1.* P. Greg. 21. *Synt.* 17. Cæsar Contard. ad *L. diffamari C. 6. n. 5.* Ayrer. *Process. P. 1. C. 6. Obs. 2. n. 5.* Vult. *h. t. Inst. n. 4.* Mercer. 2. *Opin.* 10 edd. not. *infra N. 8.*

4) Ita & noster ad rub. *C. h. t. n. 5.* Et stricte ac proprie esse exceptionem quæ actionem iure competentem excludit. Azo *in Summa C. de except. n. 1. & 2.* Contard. *in L. diffamari C. 6. n. 2.* Wesenb ad Sneidvin. *I. h. t. n. 5.* quia, ait, privatio habitum præsupponit. Zanger. *de Exc. P. 1. C. 3. n. 2. & n. 8.* Usu vero interpretum obtinuit ut omnis generis defensiones, quæ intentionem agentis repellunt, sive iuris sive facti negatione, exceptiones dicantur P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n. 5.* ut & replicationes actoris duplicationes & deinceps *L. 2 §. 1 h. t.* Zang. *d. C. 3 n. 1.* Unde DD. alias exceptiones iuris vel actionis vocant; alias facti, seu intentionis, quando reus contendit actorem, cui nulla sit iure actio, de facto litem movere, Mynf. *ad Rub. I. h t n. 12.* Io. Monach *Pract. iudic. P. 5 §. 6. Cap 3. n 2. & 3.* Quas *in genere* largiori & improprio significatu exceptiones dici agnoscit Azo *d. n. 1.* Contard. *d. Cap. 6. n. 3.* Monach. *d. loc.* Et quod exceptio intentionis proprie exceptio non sit, ex crebriori DD. sententia vere efferit Covar. *in d. Cap possessor p. 1. relect. pr. n. 4.* Nec vera tamen ratione firmat, quod actio & exceptio sint correlativa, ut pater & filius, maritus & uxor. Neque enim ut posita exceptione actionem, cui opponatur, ponere oportet, ita & vice mutua; alioqui nunquam actor vinceret, nulla actio efficax esset. Aptius Cels. Burgal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 56.* ex natura oppositorum arguit: Cum intentio facti non sit propria actio, neque eam excludens propria exceptio. Hinc autem infert Covar. *d. loc n. 5.* exclusis statuto exceptionibus, admitti tamen quæ vocantur intentionis, nisi ea verbis vel mente eiusdem aliud constet & Contard. *d. C. 6. n. 4.* Wes. *Par. D. h. t. n. 2* Menoch. 2. *Præs.* 48. *n.* 37. pluresque citati e Gilken. *de Præscript. P. 1. C. 2. n.* 35. qui tamen contra sentit. Sed ista ita declarat Covar. *d. n. 5.* vers. *etenim* & vers. *seq.* ut tunc excludatur intentio, nec proprie exceptio sit, cum reus absolute negat, vid. *supra N. 2* Ubi vero intentio non negata defensione contraria excluditur, ex eo quod actio quæ antea competiit, solutione sublata sit, contra statuit. Quia & hic de exceptionis iuribus disceptandum, alioqui actor obtinet. Unde exceptionem solutionis proprie dici sentit, quia hic si vera intentio sit mutuum probantis, solutione excluditur. Atque ita non referre putat ipso iure extincta sit actio, nec ne, modo discutienda sint ea, quæ in defensione rei allegata, & probat Gilken. *de Præscript. P. 1. C. 2. n 36.* Cui convenit fere, nec omnino tamen, Dauth. *de testam. n 131* proprias exceptiones excludere actionem & intentionem actoris. Huiusmodi quoque exceptiones

bium argumentum est, quod solutione quisque & similibus modis ipso iure liberatur. Pugnant autem iuris auctoribus, liberari ipso iure, & liberari per exceptionem. *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. & act.* Dixi uno verbo exceptionem defensionem esse, quæ actionem excludit. Id Ulpianus in *L.* 2. *de exc.* veluti plenius interpretans expressit his verbis, ut diceret, *quæ opponi solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*. Dicitur deduci in intentionem, quod deducitur in petitionem, & uno verbo id quod 5 petitur. Nam intendere sibi quid dari aut fieri oportere, petere est, ut declaratur duobus his locis iunctis. §. 1. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Dici potest deduci quid in condemnationem dupliciter, ut intelligatur vel quod deducitur in condemnationem futuram, vel quod deducitur in præteritum: & horum utrumque definitioni convenit. In condemnationem futuram deduci dicitur illud idem quod petitur: quia ut actor petit id sibi dari aut fieri; ita 6 petit etiam, ut reus a iudice in id condemnetur. Est ergo exceptio, quæ ut petitionem istam & intentionem excludit; ita excludit simul condemnationem futuram, quæ inde sequi poterat, & secuta esset, nisi exceptione exclusa esset actio. Deductum in condemnationem præteritam dicitur id, in quod iudex reum prius condemnavit. Etiam hanc ipsam condemnationem præteritam, seu id quod in eam condemnationem a iudice deductum est, quædam exceptiones excludunt, ad quas hæc pars definitionis pertinet. Eæ sunt, quæ humanitatis caussa plerisque personis constitutæ sunt, ut quanvis iure solidum debeant, tamen conveniantur solum in id, quod facere possunt: quæ cum sint dilatoriæ exceptiones, de his in eo genere dicetur. Nunc hoc satis est intelligi, has exceptiones eiusmodi esse, quæ & ante condemnationem obiici possint, & post condemnationem, ut hoc casu, quanvis superiores condemnati sint in solidum, tamen in exsecutione rei iudicatæ his exceptionibus uti possint, ut excludant id, vel potius præstationem eius, quod in condemnationem præteritam deductum fuerat. Atque illa definitio Pauli in *L. exceptio*, *D. exc.* aliis verbis hoc ipsum ex-

pri-

nes solutionis esse, cum nisi præexistat & fundetur actio ex mutuo, consistere nequeat. Alias esse exceptiones. Præiudiciales quæ concludant nullam præexistere actionem: Ut si agatur ex testamento atque excipiatur testatori non fuisse ius testandi, &c. Et exceptiones solutionis acceptilationis ac similes non inter intentionis, sed peremptorias recenset Maranta *P.* 6. *Membr.* 9 *n.* 12. Foller. *in addit. ibid. n.* 46 Wes. *Par. D. h. tit. n.* 7. & Phil. Broidæ. *supplem. ad H ss. fori Polleti Lib.* 5. C. 4. *sub fin.* ac Ræv. 1. *de praiudic.* 7. & Hot *ad* §. *item si Inst. h. t. Euanc.* 5. legitimas eas vocari asserit. Sed recte noster hic & *ad Rub. C. h. t. n.* 7. ubi errare interpretes scribit, dum cuderunt exceptiones quas facti vocant, allegationes, quibus ostenditur actionem sublatam esse, ut solutionis; quia actio post solutionem nulla esse cœpit, & Cuiac. ad *L* 17 §. 2. *de pact.* Pac. ad *L* 19. C. *de probat. n.* 2. Et solutionis quoque & acceptilationis exceptiones large sic dici Contard. *d. n.* 3. Satisque reviocuntur Covar. & Danth. quia ipso iure & per exceptionem sunt opposita ut *C. seq. n.* 22. Et quod Aquiliana stipulatione liberatus negat se actione teneri *L.* 3. *C. de transact.* Quin & Peremptoriæ exceptiones dicuntur, non quod perempte obligationis ratione dentur, sed quod obligationem & actionem perimant. Ergo necesse est prius existat. Atque his defensionibus non actio, sed agens removetur. Contard *d. n.* 3 Nec alias exceptio vera est quæ non sub genere regulæ comprehenditur, post alios Gilken *de præscript. p.* 2. *Membro* 1. *C.* 16. *n.* 10. *&* *a* 47. tametsi interdum regulam augeat vid. *infra N.* 11 Gravius diss Zis. ad *L* 1 *D. h. t. n* 9. *&* 2. *seqq* vulgarem distinctionem exceptionum intentionis & actionis ita reprobans ut statuat unicam esse exceptionem quoad caussam principalem, quæ exclusio sit actionis vel intentionis. Intentionem ab actione non differre §. 33 *I. de act. L.* 66 *de iudic* (sed vid *N. seq.*) Exceptionem itaque veram esse ubicunque repellitur actor ab agendo, sive actio ei aliqua, sive nulla sit Immo & si simpliciter factum negetur. Et Myns *ad Rub. I. h t. n.* 13. Quia non ab excludendo dicta exceptio, sed excipiendo, non minus excipere qui negat, cum actorem de facto agentem depellat, cuiusque fundamentum avertat ac propulset. Denique Fortun. Garcia ad *L.* 27. § 2. *de pact. n* 50. negat quod necesse sit, ut actio præcedat exceptionem, exemplo exceptionis non numeratæ pecuniæ. Sed ea dictis satis redarguuntur. Nec etymon iuvat Mynsingerum, sed convincit per not. *infra N.* 11. absurdeque a notatione argum. aff. contra ipsam definitionem ducitur. Ac exceptio non numeratæ pecuniæ vere excludit actionem ut not. *supra Lib.* 14. *C.* 37. *N.* 4. Enimvero sæpe fit ut vera & propria exceptio opponatur actioni, quæ nec ipso iure consistit. Nec enim qui negat se debere, alia defensione & exceptione uti prohibetur *L.* 43. *pr. de R. I.* Quod tunc potissimum contingere potest, quando non de iustitia actionis, sed de iure & veritate actoris dubium est. Veluti: Qui dominus non est, experitur rei vindicatione contra possessorem rei alienæ. In arbitrio eius unde petitur, an infitiatione totis petitori relicta, aliquam exceptionem si quam habet, ex. gr. doli ut *L* 11. *C. de evict.* ei obiicere velit. Quod expedire quandoque potest. Quid enim si cito molestia litis liberari velit, & exceptionis probatio in promptu sit, vereaturque ne si neget dominum esse petitorem, probationemque eum poscat, lis diu extrahatur. Et qui in probanda exceptione deficit, non vetatur postea quid obiicere quo actionem ipso iure nullam ostendat. *Exemplum in L.* 13. *Cod. de transact.* Confer. *infra C.* 5 *N* 1. *&* *C.* 7. *N* 1. Unde & liquere potest, quare qui excipit non eo ipso intentionem fateatur actoris. Quo de *infra Lib.* 24 *C.* 5

5 Omnis affirmatio qua ab aliquo petimus *L.* 66. *de iudic. L.* 17. *de evict. L* 19 *pr. de prob. L.* 12. *D. h. t.* Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 8. Zang. *P.* 1. *C.* 4 *n.* 12. Petitio actoris quæ usu forensis conclusio. Briss. Pratei & Calvin *in Lexicis*. Non vero ipsa actio, cen Zas ut *supra N.* 4. Nam actio ius est, intentio factum. Et rei quoque defensio intentio vocatur *L.* 1. *C. de non num. pec.* ubi Don. *n.* 7. Nec tamen intentio persecutio de facto, iure deficiente, interposita, ut DD vulgo intentionem hoc modo actioni opponentes, ut *supra N.* 4. Metaphora a sagittariis, qui arcum intendunt in rem quampiam, ut eam petant. Unde & actor dicitur dirigere actionem *L.* 2. *C. h. t. L.* 1. *C de exec rei iud.* Don *d. n.* 8.

6) Ita & Coler ad *rub. C. h. t. n.* 9. & Zang. *P.* 2. *C.* 3. *n.* 13. Idem Donell. *ad L.* 22. *de reb. cred. n.* 26. verba hæc exponit: quo lis contestata est. Quia ita lis in condemnationem deduci dicitur, *l.* 3. §. *pen. de act. emt.* quando contestatio litis fit. Loquutione nata ex more antiquo, quo Prætor Iudicem dabat & formula præscripta condemnare iubebat. Vult. *ad h. t. I. n.* 2. condemnationem accipit pro petitione, qua reum sibi condemnari petit actor. Quo faciunt quæ *supra Lib.* 4. *Cap.* 33. *n.* 12. *N* 5 quibus adde Ascon. *in Orat. pro Scauro pag. m.* 73. Muret. 19. *var. lect.* 16.

primens, cum exceptionem esse definit conditionem, *quæ* [7] *modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*. Eximit damnatione, quæ in totum actionem excludit, facitque, ne ulla condemnatio sequatur: quales sunt exceptiones peremptoriæ, de quibus postea. Minuunt damnationem illæ, quæ dantur in hoc, ne teneatur reus ultra quam facere potest. Sive enim obiiciuntur ante sententiam, faciunt, ne reus ultra damnetur: sive postquam is sententia in solidum damnatus est, minuunt postea condemnationis summam. Sed hæc omnia pluribus verbis tradita unum illud exprimunt, quod dixi, exceptionem esse, quæ excludat actionem. In actione namque continentur hæc, intentio actoris, petitio eius quod debetur, & quod petit actor, ut reus in id ipsum condemnetur. Quæ propterea omnia excluduntur, cum actionem removeris. Adieci, quod actionem æquitatis ratione excludat. Consulto, ut statim occurreretur obiectioni, quæ ex prioribus verbis nascebatur. Posueram enim prius exceptionem esse, quæ excludat actionem quidem, sed hanc iure constitutam. Qui fit igitur, ut quæ actio iusta est, & iure competit, exceptione excludatur? hoc enim quid aliud est, quam excludi contra ius? quod quidem absurde dictum videri potest, cum ius tale sit, cui omnes parere debeant, *L. 2. D. de legib.* nec quidquam ratum sit, quod contra ius fiat. *L. non dubium, C. de legib.* Hoc ergo diluitur, cum adiicitur actionem iure constitutam quidem per exceptionem, sed æquitate defensionis excludi. Huc enim pertinet, ut intelligamus adversus eum, qui exceptione utitur, competere quidem iure actionem, sed summo iure: cæterum non esse æquum, ut reo noceat: prohibere æquitatem earum caussarum, propter quas exceptiones constitutæ sunt, quæ [8] æquitas iure subtilitatem iuris istius summi summovet. Neque ideo exceptio erit re vera contra ius. Nam ius summum verbis ius est: sententia constituentis ius non est; cum

[7] Prior definitio ab effectu & utendi modo, posterior hæc a conceptione sumpta. Donellus *ad rub. C. h. t. n. 3.*

[8] Hinc æquitas vulgo mater exceptionum, per *L. 12. D. de doli exc.* Sich. *ad L. 19. Cod. de prob. n. 1.* P Foller. *addit. ad Marant. P. 6. membro 9. n. 20.* P. Fab. *ad L. 66. de R. I.* quod tamen non perpetuum dicit Fortun. Garcia *ad L. 27. §. 2. de pact. n. 71. in f.* Hinc DD. vulgo exceptiones iuris naturalis & gentium esse, cuius nempe iuris defensio est. *Clem. pastoralis de re iudic.* Panorm. *in rub. extr. h. tit.* Wes. *Par. h. t. n. 8.* Arumæ. *exerc. 19. Th. 1.* Verum contra Coras. *2. misc. 16. n. 10. & 11.* quia, uit, cum actiones excludant, absurde iis antiquiores statuuntur. Ac etsi defensio in genere iuris naturalis, non tamen in specie, ut in iudicio fit, cum iure naturali iudicia non viguerint. Et Ayrer. *Process. P. 1. C. 6. Obs. 2. n. 3.* addens, alias nec per Principem, aut statutum tolli possent. Coler *de Process. P. 4. C. 1. n. 34.* Iuris naturæ, ratione materiæ & originis: Quoad formam vero quam accipiunt a soli lege, iuris civilis, quia nec omnibus, nec contra omnes, nec omni tempore competunt. Plane latior excipiendi facultas quam agendi. Nam cui actio, eidem multo magis exceptio *L. 1. §. 4. de superfic. L. 156. §. 1. de R. I. Cap. qui ad agendum 71. de R. I. in 6. L. 4. C. de Usur.* Coler *de Process. P. 1. C. 2. n. 229.* Zang. *P. 3. C. 13. n. 25.* add. *infra tit. 3. N. 3.* Non autem vicissim. Nam plures personæ agere vetantur, quæ excipere non item *Cap. 8. extr. h. t. C. intellleximus 75. de iudic.* Wes *ad Suckdvin. Inst. h. t. n. 5.* Sic libertus sine venia petita recte excipit, per *L. 14. de in ius voc.* plerisque caussæ exceptionem pariunt, quæ non item actionem. Cravetta *quast. de indemnit. mulier. n. 20.* Ac sæpe cuius rei alicui retentio datur, persecutio non datur. Coler. *d. C. 2. n. 230* Exemplum *supra Lib. 20. C 7. n. 29.* Nec defensionis facultas cuiquam neganda, nec excommunicato & bannito, vid. Gail. *2. de pa. publ. 12. n. 19. & seq. & not sup Lib. 17. C 5 N. 2.* Immo nec diabolo, si in iudicio versaretur, neganda foret, post alios Wes *Cons. 43. n 177.* Ayrer. *d. C. 2. n. 6.* Ioan. Meischner *tomo 3. Decis. Cam. 13. n 7.* Hinc nullum generaliter pacisci posse, ne exceptione utatur vult P. Greg. *21. Synt 17. in fin. per L. 4. §. 4. Si quis caus.* Sed *d. §. 4.* specialem rationem habet, ut *nora Lib. 16. Cap. 3. n 3.* vers. *Quod tamen.* Et contrariam regulam tradit Ayrer. *d C. 2. n. 13. & seq.* ut tamen non renunciatum censeatur illi quæ ex facto adversarii oritur per *L. 62. §. als. de contr. empt.* Plane pactum quo omnem a se exceptionem in quavis lite, futura etiam, quis abdicaret, non valere nihil verius, per ea quæ *sup Lib. 16. C. 6 n. 7. & duob. seqq* Quomodo & verissimum Principem omnes exceptiones in totum adimere non posse, neque omnibus, neque etiam certis personis, maxime peremptorias, & iam antea iure quæsitas *L. caussas 36. C. de transact.* vid Pioell. *ad Rub. C. de resc. vend. P. 1. C. 2. n. 21. & 2. seqq.* Coler *de Process P. 4. Cap. 1. n. 23. & seqq.* Minus itaque statuto omnes tolli poterunt. Arumæ. *ex 19. Th 3.* Utrobique certe, quantumcunque expressa verba videantur, defensiones innocentiæ tacite exceptæ, vid. Gail. *2. de pa. publ. 12. n. 21.* Menoc. *2. Præs. 48. n. 18.* Myns *6. Obs 15* similesque quæ manifestæ æquitati innituntur, Arumæ. *d. loc.* Et quod Lex municipii generatim omnes exceptiones adimens frivolas tantum, nec ita ad rem pertinentes excludat, volunt citatim Colero *d. C. 1. n. 5.* ubi *n. 10.* testatur de communi Wes. *ad Suckdvin. 1. h. tit. n. 2.* quæ civilem rationem habent & de apicibus iuris sunt, nec merita caussæ respiciunt, Arumæ *d. Th 3.* Ayrer. *d. Cap. 2. n. 8 per C. ex parte 33. de off. deleg.* Contra tamen Coler. *d. C. 1. n. 24. & seqq.* ubi *n 40.* statuto reiiciente omnes exceptiones præter certas nominatas, alias quascunque, etiam similes excludi, & Moller. *ad Nov. elect. Sax. 19. P. 2. n. 62.* Veluti iure ditionum Saxoniæ contra cautionem liquidam, professionem debiti continentem alia quam solutionis exceptio obiici nequit, ita ut executionem remoretur. *Ord. provincial von vollkommen Brief und Siegeln.* & novissime *Serenisf. Elect. nostri D. Ioannis Georgii constitut. ac resolutione gravaminum art. tit. Iustitien Sachen Artic. 19.* Quare nec non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi audiri vult Moll. *d. loc. n. 54. & seq.* ita iudicatum testans *n. 66.* Ubi tamen inficiatio simplex, quod assertum instrumentum a se suove nomine scriptum non sit, auditur Bover. *sing 52 n. 28.* Ut & exceptiones illæ quæ ex eodem instrumento ab adversario producto oriuntur. Hartm. Pist. *Lib. 4. Q. 10. n. 13.* Veluti quod ante diem petitur. Nam cum hæc exceptio innotescat ex eodem instrumento, utique non dicetur obiecta contra illud. Coler. *d. C 1. n. 66. & n. 79.* Item quarum probatio in continenti adfertur. Hart. Pist. *d Q. 10. n. 15.* Anton Corset *singul. 92.* quis, ait, tunc præsumptio fraudis, qua movit statutum, ut excluderet, cessat. *C. literas de rest. spol.* Nisi suspicio sit, hoc malitiose & calumniose prætendi. Corset. *ibid.* Et quæ notoriæ, carætis apparentes. Coler. *d. C. 11. n. 46.* item nullitatis, ac in partis confessione fundatæ. Myns. *6. Obs. 5.* Frustratoria vero videtur & inanis cautela Boverii *d n. 28.* ut cuius exceptio ob statutum non recipitur, imploret officium iudicis ad impediendum actorem, ne indebitam exactionem faciat, neve cum iniuria rei locupletetur. De statuto exceptionem reiiciente & quæ per id non exclusæ habeantur fuse Menoch. *2. Præsumpt. 48* & Coler *de Process. P. 4. C. 1. passim* Myns. *6. Obs. 5.* Roderic. Suarez. *in Proœm. fori n. 26. & seq.*

cum in omni iure hoc sit propositum constituentibus, ut si quid quibusdam in caussis occurrat, quod præfracte & ad verba legis servatum, videatur durius, id æquitate temperetur, nec quidquam iniqui statuatur. *L. in omnibus quidem. D. de reg. iur. L. illud. D. de her. pet. L. si servum. §. sequitur, D. de verb. obl.* Hinc ius dictum non ars summi iuris, sed ars æqui & boni. *L. 1. D. de iust. & iur.* Hoc vero est, quod de actione, cui exceptio obiicitur, Iustinianus scribit *tit. Inst. de exc.* in pr. persecutionem ipsam, qua actor experitur, iustam esse, sed iniquam esse adversus eum cum quo agitur. Iustam vocat, quæ iure quidem competit; sed summo, alioqui eandem iniquam non diceret. Iniquam dicit, quia iniquum sit reum in caussa ex iure summo condemnari: eo iure, de quo veteri proverbio dictum est, summum ius summam esse iniuriam, item summam esse crucem. Quorum alterum exstat apud Terentium, alterum apud Columellam. Ad extremum quæcumque defensio natura sua iure ei attributa actionem [9] excludere potest; ea excludit hac conditione, ut sit actioni opposita, ut definitione complexi sumus, extatque in *L. 2. D. de exc.* Unde illa verba nata, ut dicatur exceptio agenti opponi, obiici, obstare, quæ passim occurrent: & quoniam quibus aliquo tendentibus obstare volumus, ne longius procedant, id facimus iis occurrendo, & obviam eundo: eo factum est, ut quo sensu dicitur reus actori opponere obiicere exceptionem, eodem sensu dicatur actori exceptione occurrere: quo posteriore Papinianus usus est in *L. 4. D. de servit.* Hac autem conditione significatur, exceptione fieri, non ut reus liberetur ipso iure, & sine opera sua, sed facto suo ita, dum exceptionem in tempore obiicit, & hoc facto eam summovet. Qua ratione dictum a Paulo interpretamur, in stipulationibus ad liberationem compositis, qualis est Aquiliana stipulatio, & acceptilatio, ius; in pactis ad eandem rem, comparatis factum versari. *L. si unus, § pactus, D. de pact.* Quippe in superioribus stipulationibus ius ipsum nos liberat, & statim: in pactis non ius, sed exceptio: quæ ita cuique prodest ad excludendam actionem, si actioni tempestive opponatur. Quod sit autem opponendi tempus, de eo dicetur in usu exercendæ exceptionis.

IV. Hactenus iusta definitio & recta, quæ est eiusmodi: ut nulla sit defensio actionem iure comparatam quoquo modo & ad quodvis tempus excludens, quin sit exceptio: nec contra ulla exceptio, quæ non sit defensio actionem prius iure constitutam excludens. Quid sibi vult igitur, quod Paulus in *d. L. exceptio, D. de exc.* exceptionem vocat conditionem, pro quo defensionem rei diximus? Nempe ille formulam veterem exceptionis spectavit, secundum quam omnis exceptio conditio est, quia [10] sub conditione concipiebatur, quod ita esse intelligemus, cum

9) Sic Cic. 2. *de Invent.* prætoriis exceptionibus multas excludi actiones. Atque hæc exclusio, proinde & definitio *d. L.* 2. dilatoriis quoque exceptionibus recte tribuitur. Nam & illæ ad tempus, dum sunt & durant, actionem excludunt. Ubi autem finitæ perierunt, non mirum est quod non excludant, cum nec sint amplius: arguta Lopez. *Animadv.* C. 28. *n.* 5. *&* 6. Certe si, exempli gratia, is cui ex pacto temporalis exceptio est, ne intra triennium agatur, agenti eam obiiciat, intentionem qua sibi deberi in præsenti actor affirmat, aperte removet. Confer. Arumæ. *Exerc.* 19. *Th.* 4. Ut male hanc definitionem utramque *d. L.* 2. *& L.* 22. *h. t.* dilatoriæ competere negent Wesenb. *Par. C. h. t. n.* 2. *& ad Sneidwin. Inst. h. t. n.* 2. Zang. *P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 21. quam nec proprie exceptionem esse, contra aperta iura censet Cæs. Contard. in *L. diffamari C.* 6. *n.* 7. & Padilla ad *L.* 1. *C. de Iur. & fac. ig. n.* 59. Eadem plane ratione declinatoriis quoque, quæ dilatoriarum species, convenit. Certe *omnem* exceptionem exclusoriam esse diserte dicit IC. *L.* 2. § 2. *h. t.* Declinatorias vero etsi proprie exceptiones esse neget Panorm. *in C. quoniam contra* 11. *extr. de probat.* volens nec statuto de exceptionibus loquente eas contineri; cum declinatio iurisdictionis non proponatur adversus Actionem, neque illis actor, sed Iudex excludatur. Refellitur tamen ex *L. ult. C. h. tit. L.* 2. *C. Si contra ius vel util. publ.* funct. not. *infra h. C. N.* 13. *& L.* 2. §. *ult. L.* 3. *in fi. D h. t.* Covar. *ad Cap. possessor de R. I. in* 6. *P.* 1. *relect. princ. n.* 5. vers. *quinto hinc apparet.* Nam licet directo Iudicem, actionem & oblique actoris intentionem excludunt. Goth ad *L.* 2. §. 2. *h. t.*

10) Fabius Victorinus *in Lib.* 2. *Rhetor Cic.* Exceptionem dici cum ius ipsum propositum adversus se alius excipit, interposita aliqua conditione. Et ita quoque noster ad *rub. C. h. t. n.* 11. Hot. *ad pr. I. h. t.* Cuiac. *Par. C. h. t.* vocans conditionem insitam in actione, cui uno tenore & contextu a prætore additur *L. ult. Quib. ex. ca. mai.* Wes. *Par. h. t.* Vult. *ad h. t.* 1 *n.* 7. (quia a Prætore obtenta actionem suspendit, quæ conditionis natura est) Zang. *de exc. P.* 1. *C.* 3. *n.* 19. Gœd. ad *L.* 1. *de V. S. n.* 20 Conditio, aiens, non quod species sit conditionis, sed quia per modum conditionis in vim caussæ finalis perimentis proponitur, ut intentionem actoris, tanquam quæ fine & ita forma careat, removeat & excludat. P. Fab. ad *L.* 154. *de R. I. pag.* 621. ita sicuti institutio, legatum stipulatio pura opponitur conditionali: Ita purum iudicium apud Cic. 2. *de inven. &* 1. *de Oratore ad Q. fratr.* ei, quod sub exceptione datur, id est, sub conditione illa, qua exceptio actionis exclusoria comprehenditur. Sic quoque opponuntur pure repromittere & sub exceptione *L.* 22. §. 1. *L.* 31. §. 1. *de damn. inf.* Ubi exceptio conditionem significat, ut & apud Senec. 4. *de benef* 39. *& Epist.* 6 *& Epist.* 20 Arnob. *Lib.* 3. *&* 7. P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 385. Et exceptionibus passim pro pactionibus, vid. Hot. 1. *Amicab.* 2. *in fi.* Rev. 2. *Var.* 13 ut & quandoque pro adiectionibus etiam ex parte actoris ut *L.* 39 *de act. empt.* vid. Hot. 8. *Obs.* 3. Sed & vocula *conditio* varias acceptiones habet. Ut & quandoque statum habitumque rei vel personæ denotet *supra Lib.* 8. *C.* 30. *n.* 19. Pactionem item, caussam, modum, fortunam, coniunctionem matrimonialem &c. de quib. Calvin. aliique *in Lexicis* P. Fab. 2. *Semestr.* 16. *pag.* 159. ubi & pro iurisiurandi conceptione, atque ita formula, sumi ostendit. Plane in *d. L.* 22. vulgares libri habent *contradictio*, quomodo legit P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 2. sed reprobat P. Fab. *ad d. L.* 154. Exceptionem definit Cuiacius *Par. C. h. t.* quod sit defensio iusta, opposita actioni: Item, Intentio rei opposita intentioni actoris. Quæ descriptiones iusto latiores.

eum cognoverimus, cur defensio rei dicta sit exceptio; de quo mox. Nos rem huic verbo subiectam definitione complexi sumus. A re vero & effectu non aliud est exceptio, quam defensio talis, qualem diximus. De hac re nihil mutat exceptionis conceptio. Re cognita iam illud videamus de verbo quod sequitur, cur huiusmodi defensionem placuerit exceptionem appellari. Nam si verborum significationem spectamus, certum est excipere nihil minus significare, quam defendere, eoque exceptionem nihil minus, quam defensionem. Et appellatio non ex re nata est, sed ex forma contentionis eius, quæ inter actorem & reum in lite contestanda instituitur. In hac enim contentione, si, ut fit, intentio actoris cum rei defensione coniungitur, reperiemus hæc ita inter se componi, ut intentio generali velut regula constet, defensio autem rei tanquam exceptio eius regulæ subiiciatur; exceptio, inquam, ea significatione, qua usitate exceptiones vocamus eas orationes, [11] quibus quid eximitur e regula. Idque fit hoc modo: nam actor petens aliquid ex aliqua caussa, puta decem, quia dedit mutua, ut recte petat, vi ipsa generali definitione & regula prius utitur, ut dicat omne, quod mutuo datum sit, reddi debere. Inde enim colligit præstandum esse ab hoc reo, eum quo agitur. Reus defensione utens agnoscit regulam ab actore propositam: sed ab ea regula excipit eam caussam, propter quam defensionem adversus intentionem sibi competere contendit. Finge eum dicere pactum intervenisse postea, ne actor peteret. Ita se tuebitur, ut dicat actione recte petiturum fuisse decem mutua, & dicturum quod mutuo datum est, id ab eo qui accepit, reddi debere, sed ita, nisi pactus esset, ne a reo peteret: quæ oratio aperte prioris illius intentionis & regulæ exceptio est. Sed hæc exceptio maxime intelligebatur olim, cum formulæ iudiciorum in usu erant. Tum enim in formula iudicii intentio actoris & iussus prætoris de reo condemnando cum rei defensione sic coniungebantur, facile ut in defensione rei exceptio prioris intentionis & condemnationis agnosceretur. Sic enim fere erat formula: *Si paret Lucium Titium decem mutua quæ petit Sempronio dedisse, nisi quid Lucius Titius pactus erit, ne a Sempronio peteret iudex condemnato.* Qui mos veterum iudiciorum concipiendorum diligenter expositus est a [12] Duareno ad *L. iurisgentium.* in illis verbis; *actionem a prætore dandam.* Atque hinc maxime exceptionis nomen natum in iudiciis, ut cum exceptio iudicii formulæ non alia esset, quam ea quæ defensionem rei haberet, merito ex eo quod continet ipsa defensio quæ inest, intelligeretur. Iam hinc etiam licet videre, cur exceptio dicatur a Paulo conditio, quod paulo ante attigeram. Omnis enim exceptio regulæ subiecta conditio est, seu oratio conditionem habens, sub qua regulæ quid detrahitur. Ut in iudiciis cum dico, recte intenderes, nisi pacto inter nos de ea re transactum esset; nisi ego iuratum te deferente me nihil debere, nisi de ea re iudicio tecum constituto absolutus essem, quæ sunt species exceptionum, de quibus postea: hæc, inquam, cum dico, aperte omnis hæc oratio, nisi illud aut illud factum esset, conditio est, seu oratio conditionalis, per quam de intentione tanquam regula hæc facta detraho. Quis enim ignorat particulam, nisi, valere si non? quod posterius aperte conditionis nota est: omnisque alias exceptionis, quæ aliis in caussis regulæ subiiciatur, eadem for-

11) Ut ex regula casus quosdam detrahit exceptio, ita & hic de universo iure actionis pars aliqua detrahitur. Hot. *ad pr. I. h. titulo*, Vigl. *ad pr. I. de testam.* n. 8 Bargal. *Lib. 4. de dolo* C. 2. n. 56. Et sicut excipi dicitur quod a regula recedit, ita exceptio est quædam actionis limitatio, vel restrictio, qua ostenditur actioni, alioquin iustæ, in casu proposito locum non esse. Gœd. *ad L.* 8 § 1. *de V. S.* n. 4. Hinc *L.* 2. *h. t.* dicta quasi quædam exclusio: Quæ notatio Logica, qua IC. vim potius quam vocem ponderat. Dicta enim a vocula *excipere*, quatenus non accipere, aut amplecti significat, sed eximere, detrahere Wes. *ad Sandvm. I. h. t. n.* 1. Quandoque tamen exceptio regulam auget, de quo Tiraq. *de retr. lignag.* §. 36. *ad fin. tit. n.* 96. Vasq. 2. *Ill. contr.* 51. *n.* 75.: Quidam dictam censent quod actio sic excipiatur, ut pila in nos emissa, quam in alium retorquemus, ref. Don. *ad rub. C. h. t. v.* 51. Quomodo Cuiac. *Par. C. h. t.* Actio, ait, est telum: Exceptio clypeum; aries quo actio infringitur. Vult. *Inst. h. tit. n.* 2. & Gœd. *d. n.* 4. esse Metaphoram a bello armato. Ut ibi tela hostium avertentes clypeis excipimus, ita & in bello forensi intentionem excipimus, id est, submovemus. Ut ita Exceptio sit teli ab actore emissi propulsio. Forsan non male, si vim verborum spectes, sed vix ex usu auctorum. Quippe pugnat emissum accipere & depellere, ait noster *d. n.* 4. De variis acceptionibus voculæ *excipere*, nam & pacisci & comprehendere, & sustinere ac impetum perferre & sermonem ita haurire, ut quid ei subiiciatur, significat, exacte Pet. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 385. & *seqq.*

12) Cuiac. *Par. C. hoc tit.* & 3. *Observ.* 34. P. Fab. *ad L.* 154. *de R. I.* Hot. *ad pr. I. h. t. Enan.* 1. Vult. *h. t. Inst. n.* 5. & 6. Obrecht *de contip. libell.* C. 8. n. 16. & *seq.* Exceptiones quippe uti a prætore impetrandæ ac coniunctim dari & actionum formulis includi solitæ. Cuiac. *Par. C. h. t.* Vult *d. n.* 5. per L. 1. § 6. *Ne quid in flum. publ. L.* 7. *de cond. instit.* Cic 2. *de invent.* Unde iudicium aliud pure, aliud coniuncte constitui dicebatur, Obrech *d. loc.* Et formolæ aliæ puræ aliæ cum exceptione Hot *d. Ennar.* 1. Charond. 1. *verisim.* 4. *n.* 2. Duar. *ad d. L.* 7. §. 2. Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 14. add. *supra N.* 10. Quin formula iudicii pure concepta, Iudex de exceptione non adscripta cognoscere non potuit. Qua de caussa si Prætor iniuria addere noluit, Tribunos plebis appellatos, ex Cic. 2. *Acad.* 30. probat Hot. *ad d. pr. Ennar.* 3. & Obrecht. *d. loc.*

forma & conceptio est. Ut autem in exceptionibus veterum iudiciorum eandem illam conditionem fuisse sciamus, formulæ exceptionum, quibus nostri iuris auctores utuntur, in medio sunt, quæ id planissime demonstrent: quas ita fere conceptas ab illis animadvertas; nisi, si non, extra quam si pacto a te liberatus sim: præterquam si res de eo inter nos iudicata sit: at nisi, pro at hoc ita, nisi maius rei præiudicium fiat: & quod idem valet, quod ei rei præiudicium non fiat. De quibus formulis si quis quid certius cognoscere volet, sumere licebit ex eodem illo loco Duareni, quem modo indicavi ad *L. iurisgentium, de pact.*

. V. Quæ in defendendis reis exceptio nostris dicitur, eadem dicitur & præscriptio, ne forte cum in titulis de exceptionibus D. & C. hæc separantur, aliud atque aliud his verbis significari putemus. Proinde quæ exceptionis definitio est a nobis ante exposita, eandem esse sciamus, & præscriptionis: de quo quia non constat inter omnes, paucis in eo confirmandi sumus. Huius autem rei certissima argumenta sunt duo. Unum in inscriptione huius tituli, qui exstat in Codice. Nam is ita inscriptus est, de exceptionibus seu de præscriptionibus. Scimus autem particulam, *seu*, non coniungere res diversas, sed interiici inter res numero duas, re easdem, eo consilio, ut declaretur, etsi nomina plura sunt, eiusdem tamen rei nomina esse, vel ut posterius quod forte notius erit, sit priori interpretationis vice. Indicant illæ inscriptiones duorum librorum Ciceronis, *Lælius, seu de amicitia*; *Cato maior, seu de senectute:* quæ perinde valent, ac si dictum esset, Lælius, seu quod hic idem est, de amicitia: Cato maior, sed quod hic intelligi volo, de senectute. Quod & ipsum in superiore inscriptione Codicis intelligendum est. Alterum argumentum certius est positum in usu iuris: in quo hæc verba de iisdem rebus promiscue usurpantur, & quidem ita, ut quæ usitate magis dicuntur exceptiones, eædem alibi nominentur [13] præscriptiones: & vice versa

[13] Ita & noster *ad rub. C. h. t. n.* 15. *&* *supra Lib.* 5. *C.* 4. *in fin.* Ac consentiunt Zas *ad rub D. h. t. n.* 3. P. Fab. 2. *Semestr.* 21. Turamin. *ad L. non puto* 10. *D. de iure fisci. P.* 3. *Q.* 2. *n.* 1. 2 3. Cuiac. *Par. D & C. h. t. & de diu temp. præscript. C.* 1 *in extr. de præscript.* Vult. *Inst. h. t. n.* 12. Cisner. *ad L.* 1. *de Usucap. n.* 19. Wes. *Par. D. h. t. n.* 4. Zang. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 25. *& seqq.* Gued. *ad L.* 106. *de V. S. n.* 1. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 1. *n.* 3. *& seqq.* Et pluribus firmat Covar. *in C. possessor de R. I. in* 6. *P.* 3 *relect. princ. n.* 2. 2. 3 Et ita Græco sermone Exceptio παραγραφὴ Nov. 8. Sic Tertullianus librum scripsit de præscriptionibus adversus hæreticos, quo varias defensiones orthodoxorum, quibus se contra hæreticorum insultus muniant, persequitur. Cuiac *d. C.* 1. Cisner. *d. loc.* Sic præscriptio militiæ *L. ita* 13. *C. de Procur.* mendacii *L.* 2. *C. Si contra ius vel utilit. publ.* lenocinii *L. ita* 18. *C. de adult.* non petiti tutoris *L. matres* 3. *C. ad SC Tertyl* Parlad *d. loc. n.* 6. Ubi *n.* 7. ostendit nec exceptionem temporis absolute præscriptionem usurpari, sed cum adiectione: temporis vel temporalis, aut longæ possessionis; & Turamin. *d. Q.* 2. *n.* 3. Contra qui sentiunt variant: Alciat. 4. *Disp.* 23. *L. ult.* Generalius, ait, exceptionis nomen; Præscriptio vero ad eas solum refertur exceptionibus quibus, seu a principio, seu post litem contestatam probatis actio evanescit, vid idem *Tr. de quinque ped. præscript. ad L. ult. C. Fin. reg.* Sic Fortunatianus Rhetor: Præscriptionem a Translatione differre, quod illa actionem extinguat, hæc differat. Ac sane ita Rhetores præscriptionem vocant exceptionem peremptoriam Cuiac. 18. *Obs.* 34. Sed immo usu iuris etiam dilatoria exceptio præscriptio, ut ex dictis legibus pluribus apparet Et Alciatum refellit Covar. *d. loc.* Ræv. 1. *de præiudic.* 7 & 2. *seqq.* ita: Exceptiones additæ actioni, quandoque in præscriptionem vel in præiudicium transmutabantur. In præscriptionem, si exceptionem suam reus antea probaret, quam actio instituta tractaretur. Atque hic si reus præscriberet, id est, prior doceret ac probaret, ab actione submovebatur actor. Actoris enim differebatur intentio, donec de exceptione iudex cognoverit. Et hoc est præscriptione submovere *L.* 12. *de inoff. L. pen. cir. si de ea iud. L.* 12. *de diu. temp. præscr.* Furtunatianus 1. *Rhetor.* Præscriptione, ait, a principio probata extinguitur actio. Hic verus præscriptionis effectus a nemine observatus. Ni autem prius doceret, lis secundum actorem dicta, qui utiliter peracta actione in lite superior. Nec statim in præscriptionem transibat exceptio, sed facto opus. Quandiu reus probationibus non gravatur, in suo nomine manet; illis delatus egreditur. Ergo dum reus dicit dolo actoris factum esse &c. excipit, dum probat præscribit, per *L. ult. de susp. tut. L.* 2 *Ne de sta. def. L.* 3 §. 1. *de prævaric.* Quo sensu præscriptio temporis in *L.* 9 *& seq. de diu. temp. præs* Ita Ræv qui & C. 10 usum quoque præscriptionum in criminalibus esse. In illis quoque eas prius tractatas quam quæ inter reos reciperentur *L.* 15. *D. de adult.* Cuius sententiæ abnormis & alienæ summam retulisse satis sit, expendere curæ non est pretium Non minus singularis est alia Ant. Missæ Galesii *de Excep. s. Praxi iudiciali pag.* 47 *& seq.* Præscribere est prius scribere. Et quia Lex præcipiens aliquid, illud prius edicit, inde sumi cœpit pro præcipere desinire *L.* 2. §. 4. *de O. I. & simil.*

Horat. II. Sat. 1.

Quid faciam præscribe. . . . .

Dion. *in Adriano*: *Decennium præscripsit*. Inde per deflexionem quandam præscribere pro obiicere præscripturum. Præscriptio pro exceptione, quæ ex præscripto oritur *L.* 10 *& seq. D. h. t. & sim l.* Exceptio autem 1. generis nomen continens replicationes &c. *L.* 2. §. *hoc tit.* & præscriptiones quoque *L.* 1. *& L. ultim. Cod. de annali exc. L. penult C. de præscr. long temp.* II Speciei bifariam, (1 Qua a replicatione differt ,2 Qua a præscriptione. Ubi nempe ius excipiendi non a lege, præiudicio, formula, aliove cuiusvis generis præscriptio, sed ab aliqua rei, qua de agitur, circumstantia nascitur. Præscriptionis quoque duplex acceptio (1) Quæcunque exceptio ad impediendum litis ingressum, quasi iudicio formulam præscribendo *L. pen & ult. C. h. t. L.* 2. *C. Sent. resc. L.* 3. *C de adult. L.* 1. *C de rap virg.* (2 Quæ post cœptam contestatamque litem ex lege, vel quæ legis vice, iudicato, præiudicio, scriptove aliquo ut *L.* 10. *L.* 11. *L. pen D. h. t. L.* 9. *de prav. L.* 4. *Cod Quib. non ob long. temp. præscr. &c* Latiorque hæc etiam significatio quare ot ad temporales coarctari debeat. Goth. *ad rub. D h. t.* Præscriptionis nomine exceptiones innominatas, seu in factum intelligi *L. pe. D. h t.* eo modo quo præscriptis verbis actiones. Sed pluribus exemplis exceptionum nominatarum revincitur. Quæ cum illum latere non potuerint, quid in eam opinionem pertraxerit, quidve ea sibi velit, mirari subit. Denique Gilken. *de Præscrip. P.* 1. *C.* 2. *n.* 27. *& seq.* Præscriptionem non modo effectum denotare & exceptionem ex temporis silentio, sed caussam, quæ exceptionem illam, adeoque & utilem actionem producit. Quod satis clare probat, ex *L.* 23. §. 1. *de iurei. L.* 54. *de evict.* L. 1.

ſa quæ magis uſitate præſcriptiones dicuntur, eas alibi doceamur nihil aliud eſſe, quam exceptiones. Utputa, quæ ex re iudicata exceptio eſt, frequentius dicitur exceptio rei iudicatæ, & quæ ex dolo frequentius exceptio doli, ut declaratur toto Titulo *de exceptione rei iudicatæ*, & Titulo *de doli mali exceptione*. Atqui & illa eodem ſenſu dicitur præſcriptio rei iudicatæ in *L. indicatæ*, *D. de exe. rei iud.* & hæc præſcriptio doli in *L. ſi debitor*, 91. *D. de ſolu.* At a quibus? illa a Papiniano, hæc a Labeone optimis iuris auctoribus, & proprietatis verborum obſervantiſſimis. E converſo quæ ex poſſeſſione longi temporis defenſiones naſcuntur, hæ uſitatius dicuntur præſcriptiones longi temporis. Unde illi Tituli. *De præſcriptione longi temporis*; & *De præſcriptione triginta vel quadraginta annorum*. C. item *De diverſis temporalibus præſcriptionibus*, D. At hoc genus totum præſcriptionis nihil aliud eſt, quam præſcriptio temporis, ſeu exceptio ex longi temporis poſſeſſione nata: quod pene diſerte ſic explicatur duobus his locis. *L. creditor*, *D. de diu. temp. præſc.* & *L. pen. C. de præſ. long. temp.*

VI. De origine verbi quæritur: de qua parum liquet. Nec abs re: quid enim commune habet præſcribere cum utroque illo excipere, aut defendere? Mihi origo verbi hinc eſſe videtur. Præſcribere, quod omnes norunt, proprie eſt quid ante ſcribere. Sed tum maxime id uſurpatur, cum ii qui docent pingere, præformant diſcipulis ſuis literas præcipiendi cauſſa, quas illi imitando ſequantur. Hinc per metaphoram dictum præſcribere pro dictare, & præcipere alicui, quomodo in re aliqua ſe gerat, ſeu quid eum facere oporteat. Huiuſmodi autem aliquid facere intelligitur omnis reus, qui exceptione utitur. Nam actor cum generali intentione utens petit, exempli cauſſa, decem mutua ſine exceptione, reus ita intentionem excipit, ut dicat; non debuiſti, actor, ita agere & concipere intentionem, ut facis. Sic enim agis, quaſi omnis, qui mutuum accepit, danti id reddere debeat. Non recte, ſi qua iuſta cauſſa poſtea incidit ex iis, quæ reis ius, defenſionem tribuunt: quo ex genere eſt, ſi tu pactus eſſes, ne peteres. At hoc a te factum eſt. Quare ſic nunc concipe intentionem, ut hanc exceptionem adiicias, quam ego nunc tibi præſcribo, ut condemnari tibi debeam, extra quam ſi onvenerit inter nos ne peteres. Idemque facit omnis reus, quiſquis alia quavis exceptione adverſus intentionem actoris ſe tuetur. In quo cum 14
præſcribat & dictet actori, quomodo actionem ſibi dari poſtulare debuerit, hinc videlicet præſcribendi verbum tributum reo exceptionem in iudicium addi poſtulanti, & ipſa exceptio dicta præſcriptio. Originem & ſignificationem verbi hanc eſſe ex attributis verbo, intelligi poteſt. Nam quibus perſonis & caſibus verbum præſcribere iungi ſolet, cum aperte ſumitur pro præcipere: iiſdem plane iungitur a iuris auctoribus, cum ad exceptionem deſignandam refertur. Ut enim cum præcipere & dictare aliquid volo, dicor præſcribere tibi, non adverſus te: ſic & iuris auctores cum hoc verbo in exceptione utuntur, dicunt reum præſcribere actori, non adverſus actorem, pro eo quod eſt adverſus actorem exceptione uti. In quo apparet dici hic & fieri aliquid ſimiliter a reo, quo actori præcipiat id, quod ad actionem temperandam & hactenus removendam pertineat. Sic loquitur Scævola in *L. Titia*, *§. Caius*, *D. de leg.* 2. ſic Ulpianus in *L.* 1 *§. ſi quis ipſius*, *D. quand. app. ſit.* Modeſtinus in *L. Modeſtinus*, *D. de except.*

CAP.

L. 1. *C. de ſerv. fugit.* *L. ult* *§ fin. a. ſub cond. C. Comm. de Uſucap.* Et quia præſcriptio incipere, currere, impleri, inſtrui, vel non inſtrui mora litis dicitur, quæ exceptioni conveniunt, &c.

14) Ita & noſter ad *rub. C. h. tit. n.* 15. Alc. *de* 5. *pedum præſcript. n* 67. *& ſeqq* Zanger *P.* 1. *C.* 3. *n.* 29. *& ſeq* Nec diſconvenit in notatione A. Maſſa Galeſ *de Exc p.* 47. *ut N. præced. &* Vult. *inſt. h. t. n.* 13. quod præſcribat modum regulæ, qua nititur actor. Aliter Mynſ. *ad rub. I. h. t. n.* 6. quia uti actionum, ita & exceptionum certæ formulæ præſcriptæ, quas exacte obſervare, ne ſyllaba cadens cauſſa caderet, oportebat. Cuiac. *ad L.* 239. *de V. S.* quia ſcripturæ actoris ſcriptura rei contraria veluti adſcribatur & adiungatur. Quo facit quod exceptio paſſim adiectio ut *L.* 39 *de act. empt* Hot. 8. *Obſerv.* 3. P. Fab. 1 *Semeſtr.* 21. *pag.* 142. quia cum ex iis tota lis penderet, a Prætore dictari item actiones, ipſiſque actionibus præponi & præſcribi ſolerent. Aliter Rævar. 1. *de praeiudic.* 8. *&* 10. Gilken. *de Præſcript. P.* 1. *C.* 2. *n.* 15. *& ſeqq.*

C A P. I I.

Quæ in omni exceptione ad ius defenſionis reo ſpectanda ſint. Quæ genera exceptionum: & in his de peremptoriis exceptionibus, quæ ſint, & quales, id eſt, quam vim ac poteſtatem habeant ad actionem excludendam.

Methodus & partitio rerum. I.
Exceptiones aut dilatoriæ, aut peremptoriæ. II.
Peremptoriæ quid. Hæ aut naſcuntur initio rei gerendæ, aut re ium conſtitutu novis de cauſſis. III.
Priores illæ aut ſunt ex re ſola, aut maxime ex eius perſona cui tribuuntur. IV.
Ex re ſola *quatuor eſſe uſitutas; unum vero extruordinariam. Quæ ſint.* V.
Ex perſona *Ordinarias duas; tertium extruordinarium.* VI.
Poſteriores naſci ex debiti remiſſione: duplex remiſſionis modus; qualis uterque. VII.
Item ex iureiurando, ex re iudicatu, ex dolo: & quatenus. VIII.
Item ex ſilentio actorie per tempus actioni conſtitutum. IX.
Tempora actionibus in rem, & in perſonam præſtituta alia eſſe atque alia. X.
Actionibus in rem attributæ præſcriptiones temporales ſive exceptiones Quadriennii, Quinquennii. (*Qualis utraque*). XI.
Item decem vel viginti annorum. *Qualis hæc, & quibus in rebus locum habeat poſt Iuſtinianum.* XII.
Item annorum triginta. *Quæ res præſcriptioni huic obnoxiæ; & ex quo die cedat in re pupillari.* XIII
Item quadraginta annorum. *Quæ res ita præſcriptione retineantur.* XIV.
Præſcriptio hæc quando in hypotheca locum habeat, aut ſecus; & quæ hic poſſeſſorum hubenda diſtinctio. XV.
Centenaria Eccleſiarum præſcriptio ad quadragenarium u Iuſtiniano revocata; udverſus earum res, aut perſonas: quod civitates nihil immutatum. XVI. XVII.
Actiones in perſonam privatas ſola triginta annorum præſcriptione ſummoveri. XVIII.
Quæ præſcriptio temporis removeat appellantem XX.
Actionem quæ iure ipſo *ab ea quæ per exceptionem perimitur, effectu diſture duobus in rebus* XXI.
1. *In conteſtatione iuris acquiſiti peremptione; quod utrinſque diſcrimen.* XXII.
2. *In renovatione actionis prioris; quæ hic unius ab ultero differentia.* XXIII.
Exceptionem peremptoriam eſſe perpetuam, etiam ſi actio ex eadem cauſſa nata ſit temporalis. Differentiæ ratio. XXIV.
Exceptio non numeratæ pecuniæ quando efficiatur ex temporali perpetua. XXV.

I. HÆC de verbis exceptionis, & præſcriptionis, ut intelligeretur, quid eſſet id de quo ſub his verbis hoc loco quæreretur, tum unde hæc ipſa ad rem ſuperiorem ſignificandam eſſent ducta. Iam de iure quod in omni exceptione ad iuſtam defenſionem ſpectandum ſit, videamus. Id quibus in rebus verſetur, ex eo quod ſubiicio, licebit ſtatim æſtimare. In omni exceptione defenſionem rei adverſus actionem quærimus. Hanc defenſionem reus ſi aſſecutus erit, habet quod quæritur, nec quidquam quæret amplius. Ut aſſequatur, quatuor his rebus opus eſt. Primum eſt in eo, ut ſit iuſta & iure cognita exceptio, qua utatur. Proximum, ut talia ſit, quæ valeat ad excludendum ita actionem, ut reus excludi deſiderat. Tertium, ut qui ea exceptione uti volet, eam ipſe habeat, iure ſibi conſtitutam. Quartum ut ea ſic utatur, quo modo ad defenſionem iure uti oportet. Hinc ergo totidem exſiſtunt quæſtiones, in quibus totus hic locus de iure exceptionum conſumitur: in ſumma quatuor naturali quodam vinculo atque ordine inter ſe connexæ, & appoſitæ ad finem exceptionibus propoſitum conſequendum. Prima eſt, quæ ſint iuſtæ & iure proditæ exceptiones, quibus ad exclu-

cludendam actionem iure uti liceat. Secunda, qualis quæque hæc sit exceptio, ut quæratur, quam vim unaquæque habeat ad actionem excludendam, id est, quatenus & quo usque excludat. Tertia est de iure habendæ exceptionis, ut quæratur, an qui ea utitur, eam sibi habeat iure. Postrema de usu exercendæ exceptionis. Quarum quæstionum priores duæ sunt de re ipsa, quam ante omnino statui oportet, quam quæratur, quis eam habeat, aut quomodo ea utatur: posteriores de persona eius, qui exceptione uti volet: ut scilicet exceptionibus iustis earumque vi in medio positis, certo ordine quæratur, quis his & quam recte utatur ad defensionem.

II. Hæc in omnibus exceptionibus non eodem iure habentur. Distinguuntur ista generibus exceptionum, ac talia sunt, uti est genus exceptionis: genera porro ex vi exceptionis æstimantur. Genera ergo exceptionum summa [1] duo inde ducta: exceptionum enim quædam peremptoriæ sunt, quæ & perpetuæ: quædam dilatoriæ, quæ dicuntur & temporales. *L. 2.* in fin. *L. 3. D. de exc. §. appellantur. Inst. de exc.* Alio, inquam, iure in superioribus omnibus partibus quatuor habentur peremptoriæ exceptiones, alio dilatoriæ. Proinde de his generibus distincte & sigillatim dicemus, in singulis persequentes superiora illa, quæ in unaquaque specie exceptionis quæri & spectari debere diximus.

III. Peremptoria actio est, quæ semper agentibus obstat, & hoc modo rem de qua agitur perimit: unde & peremptoriæ nomen. *d. §. appellantur, Inst. de exc. L. 3. D. eod.* Nascuntur huius generis exceptiones, ut & cæteræ certis & iure constitutis ex caussis. Itaque ut sunt hæ caussæ; ita sunt & hæ exceptiones. Hinc peremptoriarum genera duo. Quædam [a] ab initio nascuntur reo ex iis caussis, quæ iam tum in re gerenda intervenerunt: quæ-

1) Hæc divisio præcipua a fine & effectu sumpta Wes. *Par. D. h. tit. n. 7. & Cod. h. t. n. 4 & supplem ad Sneidvin. l. h t. n.* 4. Goth. ad *L.* 2. *§ ult. h. t.* Zang. *P.* 1. *C.* 3 *n.* 38. Donellus noster *ad Rub. C. h. t. n.* 12. Sigis. Scaccia *de iudic. causs. civil. &c. Lib.* 2. *C.* 101. *n.* 2. Greg. Lopez. *Animadv.* C 28 Vult. *ad h. t. Inst. n.* 17. Quomodo & Atheniensibus exceptiones aliæ τῶν δικῶν aliæ τῶ χρόνω. Ioach. Steph. a *de Iurisd. Iuda. Grae. &c.* 16. Nec audiendi interpretes qui plura genera cudunt. Ut qui anomalas addunt, quæ de utriusque natura participent ac tam ante quam post litem contestatam opponi queant: vid. Monach. Pract. *iud.c. p* 5. §. 6. *C.* 3. *n.* 8. (ubi tales esse vult non numeratæ pecuniæ & dotis, item filiationis & beneficii inventarii.) De quibus & Rosbach. *Pract. tit.* 43. Asin. *Praxi iudic.* §. 13. *C.* 7. plures recensens. Item mistas, quas alii illas vocant, quæ tam in dilatoriarum ad processum impediendum, quam peremptoriarum ad terminandam litem, forma opponi possunt, ut DD. citati a Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 3. vulgo exceptiones litis finitæ vid. *infra h. C.* 8. *N.* 8. Aliqui illas quæ adhuc dubiæ. Veluti si quid sub conditione debetur. Si conditio impleri potest, & nondum extitit dilatoria exceptio: sin dubitatur an possit, mista. Chilian Goldstein. *Process. P.* 2. *C.* 36. *n.* 12. *& seqq.* Quas & Hot. *ad §. appellantur* 8 *ipsi* 6. *I. h. tit. Enunc.* 3 ambiguas vocat, & tertiam speciem ab Imperatore omissam, per *L.* 56. *de cond. ind.* Denique quasi peremptorias referente Lopez *d. C* 28 Anomalas tamen mistas & medias pro iisdem habet Asin. *d. C* 7 Qui & *d* §. 13. *C.* 1. *n.* 10. sub bimembri Iurisconsultorum divisione eas contineri sentit. Et quod mistæ tertiam speciem non constituant Moller. *d. n.* 3. Sciteque commentatores illos pluripartitæ divisionis taxat Lopez *d. C.* 28. qui ius sibi sumpserunt alias a Iurisconsultorum divisionibus comminisci. Qui, si Iurisconsulti ipsi diversas tradidissent, non parum in conciliatione torquerentur. Totus fere error DD. inde, quod perpetuas dici putarent quæ quovis tempore iudicii opponi possent: temporales contra. Erronee per not. 1. *h. C. N.* 13. Ex anomalis itaque quas vocant, aliæ ut non numeratæ pecuniæ vere peremptoriæ; aliæ ut excommunicationis, vere dilatoriæ, ut & prob. *C exceptionem* 12. *extr. h t.* Neque enim hæc dilatoriarum substantialis forma, ut ante litis contestationem proponatur, sed ut ad tempus excludat. Neque solemnitas iudiciorum substantiam aut naturam exceptionum mutat Lopez. *d C.* 28. *n.* 4 & 6 Ambiguæ vero illæ & mistæ non nova sed Peremptoriarum species, quarum effectus in *d L* 56 eis tribuitur. Ac etsi utræque, ut & quas quasi peremptorias dicunt, in sua specie quid peculiare habeant, id tamen in cuiusvis generis tractatu potius subdivisionibus factis monendum. Lopez. *d. la.* Cæterum non ita pridem amicus noster Ilico Ummius *Disp. Process.* 8. *Th* 2. *& seqq.* peculiarem exceptionum divisionem instituit. Cuius hæc summa capita: Omnes exceptiones vel de processu, quæ respiciunt aut Iudicem aut litigantes. Vel de actione instituta. Et hæ aut concernunt merita actionum, quam excludunt, vel ad tempus, temporales; vel in totum, perpetuæ: Aut modum actionis instituendæ, quæ non decenter propositam in melius reformant. Quæ divisio si concinna, per quam manca sit præsens Iurisconsultorum & Imperatoris divisio oportet; quippe illius membro uni, ceu subdivisio, inclusa. Quæ dum refero illam ferme satis refello. Neque his immorari collubitum est. Putarem nobis non licere esse tam disertis, vel argutis, ut nimis altum, præter vel contra iuris nostri mystas, sapiamus. Videntur tamen in ea nupera partitione quædam non plane spernenda, forsan & aliqua æmulanda: sed si illa ad hanc nostram divisionem revoces, eique subiicias; non contra, quod fieri par non est, nec convenit. Cæterum alias distinctiones nostro hic omissas hic attingere non alienum erit. Quarum una in §. 7. *I. h. t.* a caussa efficienti, quod aliæ civiles veluti Senatusconsulti Macedoniani, & Velleiani, divisionis, præscriptionis, fori *L. pen. & ult. C. h. t.* aliæ prætoriæ ut pleræque aliæ Mynsi. *in d.* §. 7. *n.* 4. & 5. Vult. *I. h. t. n.* 16. Zang. *P.* 1. *C.* 3. *n.* 34. Omnes tamen a prætore dabantur Hot. *ad §. item si* 5. *I. h. t. Enunt.* 5. vid. *supra C.* 1. *N.* 12. Sicuti & actiones. Altera exemplis innuitur *h. t. Inst* quod aliæ nominatæ, aliæ innominatæ, quæ videlicet in factum comparatæ, datæ, compositæ dicuntur Vult. *Inst. h. t. n.* 15. Goth. *ad rub. D. h. t.* vid. *infra Cap.* 6 *N.* 25. Reliquæ ab interpretibus excogitatæ & fere effictæ. Nam quod a forma alias dicunt iustas, alias frivolas & præposteras. Wes. *Par. C. h. t. n* 4. *& ad Sneidwin. I. h. t. n.* 4. Zang. *d. C.* 3. *n.* 37. perinde est ac si dicas: Homo alius est verus, alius pictus. Exceptionum omnium mater æquitas. Proinde frivola nulla est, neque dicitur sine adiecto. & si absque eo, id fit ex intentione & opinione excipientis. Fac *L.* 221. *de V. S.* Quid quod calumniosas & impertinentes exceptiones Iudicem ex officio, parte non instante reiicere posse, immo & debere prodiderunt, Rulant. *de Commiss. P.* 3. *Lib.* 9. *C* 5. *n.* 7. vidi Meichsner. *tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 43. copiose Io Bapt. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 19. *& seqq.* Pariter quod alias emergentes, alias incidentes vocant eo sensu, quo refert Zang *d. C.* 3 *n.* 43. *& seq.* a loquutione Iurisconsultorum alienam, iurisque auctoritate vacat, nec appellationes illæ rebus consequentes.

a) Ita & noster ad *Rub. C. h. t. n.* 14 Convenit Boecer. *Class.* 5 *Disp.* 16. *Th.* 9. & 10. Vulgo DD. Peremptorias alias simplices vocant, alias litis finitæ, privilegiatas, de quo notabo *infra C.* 7. *N.* 8.

quædam re initio recte constituta exsistunt postea novis de caussis. De quibus generibus quatenus hæc obligationis & actionis in personam liberationem adferunt, dixi iam ante [3] sub titulo, de liberationibus, quæ per exceptionem contingunt. Nunc summam ita perstringam, ut adiiciam etiam eas, quæ actiones in rem summovent.

IV. Quæ nascuntur ab initio, hæ partim ex re sola sunt, partim maxime ex persona eius cui tribuuntur.

V. Ex re his de caussis, si quis quid promiserit aut coactus metu, aut deceptus dolo, aut errore suo fallus, aut inductus spe futuræ numerationis, quæ secuta non est. Hinc usitatæ peremptoriæ exceptiones quatuor: metus, doli, in factum ex errore promittentis, & pecuniæ non numeratæ: quarum de prioribus duabus est in *tit. Inst. de exc.* in pr. item prius Titulus *D. de dol. mal. & met. exc.* De tertia specie est in eo *tit. de exc.* in pr. & in *L. si quis eum aliter, D. de verb. obl.* De exceptione non numeratæ pecuniæ est in *§. 1. Inst. de exc.* Usitatas has solum quatuor esse dixi: & sunt sane. Cæterum si quis non usitatas quoque requirat, licebit quintam adiicere propositam liberto adversus patronum de iis quæ onerandæ libertatis caussa promissa sunt: de qua specie dilucide scriptum est in *L. 1. §. quæ onerandæ, §. ultim. D. quar. rer. act. non dat.*

VI. Ex persona nascuntur ab initio duæ, exceptio Macedoniani de pecunia filiofamilias credita, & exceptio Velleiani prodita mulieri, quæ pro alio intercessit: quibus de Senatusconsultis supra suo loco diximus: commemorantur hæ exceptiones in *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* & *L. 7. D. de except* Et sunt hæ duæ ordinariæ, propositæ iure communi. Una est extraordinaria proposita minoribus per in integrum restitutionem, ea est de iis oneribus quibus se minores subiecerunt, cum non suscipere liceret: indicatur in *d. L. 7. de exc.*

VII. Re ab initio recte constituta, interveniunt nonnunquam postea ea facta, propter quæ æquum sit reum ea actione qua prius utiliter tenebatur, nunc non ita teneri. Unde etiam exsistunt postea reo tanquam ex suis caussis iustæ exceptiones. Hæ caussæ atque ea facta sunt quinque: remissio debiti, iusiurandum, res iudicata, dolus in actione instituenda adhibitus, & silentium actoris. Remittit creditor debitum [4] dupliciter; pacto aut suprema voluntate. Remittit pacto, qui paciscitur, ne petat. Hoc pacto non tollitur obligatio semel contracta, nisi si qua solo consensu contracta est, & res adhuc est integra. *L. ab emptione, D. de pact.* Sed quæ conventio reum ipso iure non liberat, prodest ei ad exceptionem, qua occurratur contra pactum agenti. *L. obligationum fere, D. de obl. & act.* Atque hinc pacti exceptio peremptoria, si ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur: idque explicatur ad hanc sententiam in *§. præterea, §. appellantur,* in pr. *Inst. de exc.* Remittit suprema voluntate testator, qui vetat hæredem quid petere, aut debitori legat liberationem. Ne hæc quidem unius voluntas satis est ad tollendam ipso iure obligationem, quæ duorum consensu contracta est: vetat regula iuris. *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Sed quæ ad eam liberationem non valet, prodest reo ad exceptionem. *L. 3. §. nunc de effectu, D. de lib. leg.*

VIII. Ex iureiurando est exceptio iurisiurandi, quæ tunc nascitur reo, cum deferente adversario iuravit, in actione quidem in personam se nihil debere; in actione autem in rem id quod petitur ad ius actoris non pertinere: de qua specie est in *§. æque, Inst. de excep.* Ex re postea iudicata oritur reo rei iudicatæ exceptio, cum is qua de re cum eo agebatur, iudicio absolutus est: de hac specie est in *§. item si, Inst. de exc.* Ex dolo adversarii postea nascitur reo exceptio doli mali, cum ab initio nihil dolo

3) Addenda tamen exceptionibus, quæ ex re natæ, illic omissa exceptio dominii de qua vid. Donellus *ad L. pen. tit. D. de rei vind.* Quam sunt qui velint omni actioni obiici posse per *L. 173. §. ult. de R. I* Theo Umm. *Disp. Procass.* 8 *n. 7.* Sed rem non perpendisse videntur. Ut exceptio dominii condictionibus obiiciatur, ioris ratio non sinit. Nam si depositum repetenti, ea gr obiiciatur, quod depositum rei propriæ non consistat, non est hæc peremptoria aut vera exceptio, sed quæ vulgo facti, aut intentionis usurpatur, qua actionem unquam competiisse negatur. Qui autem quæso vel fingere casum poteris, quo ex empto conductove agens dominii exceptione submoveatur. Piget plura. Eiusdem classis videtur Exceptio restitutæ hereditatis de qua *Lib. 7. C. 25. n. 3.* Ex illis quæ ex personis ortæ omissa *d. C. 22.* Exceptio ætatis minoris *L. 7. in f. D. h. t.* vid. *supra Lib. 21. Cap. 4. N. 7.*

4) Plenius noster ad *rub. C. h. t. n. 14.* caussam primam appellat voluntatem creditoris, si reum teneri noluit vel ipse actor, ubi pacti exceptio, vel is cui hic successit, nempe testator. Ex eodemque fonte esse Exceptionem rei venditæ quæ vindicanti obiicitur *t. de Exc. rei vend.* Sunt qui & exceptiones divisionis peremptoriis accensent & recte. Sich. *ad l. 10. C. de fideiuss. n. 10 & 12.* quia post litis contestatam obiici potest *d. L. 10.* & Asin. *§. 13 C. 6. n. 10.* Bronch. 2. *Misc.* 52. quia obiecta perpetuam vim habet ne unquam postea in solidum conveniatur, & Zang. *P. 3. C. 10.* Bocer. *cl. 5. Disp. 16. Th.* 30. Licet crebriores alii dilatoriam statuant, citati ab Hering. *de fidei. C. 28. n. 30* Denique huc quidam Exceptionem rei litigiosæ referunt. Quo de quid habendum, fortan alibi vid. *supra Lib. 9. C. 10. n. 25.*

malo factum est ab adversario, sed tum is cœpit facere, cum egit. Quo in genere varie dolus admitti solet ab actore: quæ totidem sunt huius exceptionis caussæ. De his commodius postea in explicatione ipsius exceptionis; nam de ea propter nonnullam difficultatem huius speciei mihi constitutum est paulo post separatim dicere.

IX. Silentium actoris exceptionem parit reo, cum certo tempore actionibus in rem, aut actionibus in personam iis, quæ ab initio perpetuæ fuerunt, postea legibus ad agendum constituto, per totum id tempus is cuius ea actio erat, non egit, atque ita tempus per silentium exire passus est. Hoc finito, non tollitur quidem 5 ipso iure actio, cui tempus illud præfinitum est, ut docui sub titulo quo tempore obligationes actionesve finiantur, seu de perpetuis & temporalibus actionibus: sed ne frustra præfinitum sit certum tempus, fit quod est proximum ad tuendam legem, ut repellatur actio exceptione; quæ in usu iuris frequentius appellari solet præscriptio temporis seu temporalis, quia reo ex tempore nata est. Ex quo ille Titulus *D. de diversis temporalibus præscriptionibus:* sed ita præscriptio, ut meminerimus hoc verbo nihil aliud significari quam exceptionem temporis, ut explicatur in *L. pen. C. de præs. lon. temp.*

X. Huius generis exceptiones, ut sunt tempora actionibus varie præfinita, ita & ipsæ sunt variæ, & diversorum temporum præscriptiones. Alia autem tempora præstituta sunt actionibus in rem, alia actionibus in personam. Hinc in his actionibus aliæ atque aliæ sunt præscriptiones temporales, quibus superiores actiones excluduntur.

XI. In actionibus in rem pro diversitate istorum temporum hæ sunt quoque diversæ exceptiones; quadriennii; quinquennii; decem vel viginti annorum; triginta annorum; quadraginta annorum; centum annorum: ita constitutæ hæ exceptiones, prout visum est iis quorum in rem actio est, brevius aut longius tempus ad agendum constituere, quo exacto præscriptione temporis summoverentur. Præscriptio quadriennii locum habet re aliena a fisco vendita aut alio modo ab eo alienata. Hic enim placuit rem quamvis alienam transferri, & eum qui accepit statim securum esse: fiscum autem solum domino rei eo nomine teneri. Sed & hunc hactenus, ut teneatur intra quadriennium duntaxat. Quo exacto fiscus scilicet dominum quoque ipsum præscriptione quadriennii summovet. De hac specie est *tit. C. de quad. præs.* Quinquennii præscriptioni in querela inofficiosi locus est. Hæc enim querela intra quinquennium solum datur ex quo hereditas adita est *L. Papinianus, §. ult.* & *L. seq. D. de inoff. test. L. si quis filium.* in fi. *C. eod.* Ita hoc tempore exacto nascitur heredi scripto præscriptio huius quinquennii, quæ querelam excludit.

XII. Præscriptio decem vel viginti annorum ante tempora Iustiniani locum habuit in rebus soli provincialibus. Nam hæ cum stipendiariæ & tributariæ essent, & quodammodo in iure populi Romani, non poterant usucapi, idest, usu cuiusquam ita fieri, ut plene eius essent, & in eius mancipio. Sed hoc relinquebatur iustis possessoribus, ut si quis eas res bona fide nactus possedisset deinceps decem annos inter præsentes, viginti inter absentes, is possessas acquireret hactenus, ut præscriptione longi temporis possessionem tueretur: qua fieret, ut & possidens veterem dominum hac exceptione summoveret, & possessione amissa haberet utilem actionem ad res vindicandas: de hac præscriptione longi temporis agitur *tit. C. de præs. long. temp.* Iustinianus autem postea usucapionem ita transformavit, ut sublata prædiorum Italicorum & provincialium differentia vellet prædia omnia bona fide ab initio quæsita deinde per superius tempus continenter possessa pariter usucapi. *L. unica, C. de usuc. transf. Inst. de usuc.* in pr. Quo iure constituto, apparet possessores re ita quæsita dominos factos deinceps veterem dominum ipso iure summovere, non per exceptionem: quippe quæ nulla esse poteit adversus eum, qui dominio usucapione amisso actionem in rem ipso iure habere desiit. *L. in rem, D. de rei vind.* Unde intelligimus eadem constitutione sublatam hic esse longi temporis præscriptionem. Solum huic præscriptioni locus relictus est in re pignori obligata ab extraneo possessa: qui si eam iusto initio nactus per decem annos possederit inter præsentes, viginti inter absentes tacentibus creditoribus, placet creditoribus postea pignus persequentibus præscriptionem longi temporis opponi posse. *L. 1. L. 2. C. si advers. cred. præs. opp.* Etiam huic præscriptioni nunc quoque locus est in eo, qui

5) Quod copiose firmat Gilken. *de præscript. P. 1. C.* 4. Contra Zang. *P.* 3. *C.* 10. Molier. *ad Nov. Elect. Sax.* 25. *P.* 5. quos pro utraque parte consule ut & Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Excep. Resol.* 3. tractans quando præscriptionis exceptio litis ingressum impediat.

qui in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis idem per longum superius tempus ut minimum decem annorum, piscatus est. Hoc qui fecit, hunc Marcianus scribit alterum eodem iure prohibere. *L. si quisquam, D. de diver. temp. præs.* Quod plane ita interpretandum est, ut prohibeat alterum longi temporis præscriptione, qua alioqui cæteri possessores defendi solent. Sed prohibebit alterum eodem iure uti, dum erit in eius loci possessione. Locum si semel amiserit, non habebit actionem ad veterem possessionem repetendam. Res enim publica est fluminis, non privati iuris; ut nulla hic vindicatio privato cuiquam possit acquiri, estque hæc sententia *L. præscriptio*, alias *L. ult. D. de usurp. & usuc. L. in tantum, D. de rer. div.*

XIII. Triginta annorum præscriptio in actionibus in rem locum habet in rebus privatis, quæ usu capi & longo usu acquiri prohibentur: quales sunt res furtivæ, vi possessæ, res pupilli, res ab initio mala fide possideri cœptæ. His possidendis cum possessori non acquiratur iure dominium, nec longi temporis præscriptio: placet tamen ei acquiri præscriptionem triginta annorum, qua dominum ipsum vindicantem summoveat, si tot annos possederit. Est enim hoc tempus summum omnibus fere actionibus privatis præfinitum, intra quod agere liceat ei, cui actio competebat. *L. sicut, L. omnes, C. de præs. trig. vel quad. ann.* Et hoc, dummodo in re pupilli intelligamus triginta annorum præscriptionem adversus eum cedere dumtaxat ex quo pubes factus est, nec in his annis tempus impuberis ætatis computari. *d. L. sumpto.*

XIV. Præscriptioni quadraginta annorum, cum in rem agitur, locus est in hypothecis, & in rebus ad Ecclesiam, tum ad alia loca piis usibus destinata pertinentibus; qualia sunt xenodochia, ptochotrophia, & similia destinata pauperum alimoniæ.

XV. Sed in hypotheca hæc præscriptio locum habet interdum, non semper. Admittit enim hypothecaria actio hanc varietatem præscriptionum, quibus creditore hypothecam vindicante excludatur, ut excludatur alias possessione sola longi temporis decem vel viginti annorum; alias non nisi possessione annorum triginta; interdum non nisi præscriptione annorum quadraginta. De quo constituitur ex genere & qualitate possessorum, estque in eo hæc distinctio. Interest enim quis rem hypothecæ obligatam alius a creditore possideat, utrum extraneus, an debitor qui dedit, heresve eius. Extraneo possidente, si quidem is iusta ex caussa & bona fide rem nactus est, huic decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes possessio, quam cessante creditore impleverit, sola, sufficit ad præscriptionem temporis, qua creditorem postea pignus vindicantem summoveat: de quo iam supra dixi: estque hæc sententia *tit. C. si adv. cred. præs. opp.* Sin is hypothecam possedit mala fide: nihil quidem ei prodesse potest ad summovendum creditorem superioris temporis præscriptio, quæ bonam fidem possessoris exigit: si tamen possederit totos triginta annos, incipit tutus esse præscriptione huius temporis ex constitutionibus generalibus, quæ nisi quæ actiones excipiantur, omnibus hoc tempus præfinierunt, intra quod concluderentur. *d. L. sicut, d. L. omnes, C. de præs. 30. vel 40. annor.* Quod si hypotheca possidebitur a debitore ipso, qui eam constituit, aut ab herede eius: valde iniquum esse visum est vel prius tempus vel posterius his prodesse ad excludendam hypothecam, quam non solum semel debitor constituit, sed etiam quam videtur creditori ipsi possedisse, certe a se constitutam illi pro officio possidendo servare debuisse. Et ita olim ius erat, ut nulla præscriptione temporis defenderetur debitor, heresve eius qui eodem iure uti debuit, adversus creditorem hypotecaria actione pignus persequentem. Sed Iustinianus hic quoque debitori præscriptionem dedit: non tamen illam communem triginta annorum, sed quæ summa esse videbatur, annorum quadraginta. *L. cum notissimi*, in princip. & §. 1. *C. de præs. long temp.*

XVI. Eadem præscriptio inducta generaliter in rebus omnibus tam ecclesiasticis, quam ad loca pauperum alimoniæ publice destinata pertinentibus. Prius adversus eas res solum valebat centum annorum præscriptio, cautum *L. ult. C. de sacros. eccl.* Sed ius immutatum est postea a Iustiniano, & res revocata ad quadraginta annorum præscriptionem, *Novell. hæc const. inu. præc.* 111. Centum annorum præscriptio admissa est primum in rebus ad civitatem pertinentibus. *d. L. ult. C. de sac. ecc.* Semel admissa etiam nunc mansit, quia de eo iure nihil a Iustiniano mutatum proponitur. *arg. in L. præcipimus*, in fin. *C. de app.*

XVII. In actionibus in personam pro varietate temporum his actionibus præstitutorum hæc quoque præscriptionum temporalium varietas est, quibus eas actiones tum-

summoveri placet, in rebus quidem ad ecclesiam, & loca piis usibus destinata pertinentibus annorum quadraginta præscriptio: in rebus autem pertinentibus ad civitatem præscriptio annorum centum. Nam hæc tempora ecclesiæ, venerabilibus locis, & civitati personarum favore in commune tributa sunt cum in actionibus in rem, tum in actionibus in personam, ut declaratur *d. Novella*. Hæc constitutio innovat præcedentem *L. ult. C. de sacr. eccl.*

XVIII. Quæ autem actiones in personam privatorum sunt, in his duo genera præscriptionum temporalium mihi occurrunt: unum in prima actione, & ut cum vulgo loquar, in prima instantia: alterum in caussa appellationis. In prima actione una est omnium actionum in personam præscriptio communis præscriptio triginta annorum. Hac quidem præscriptione omnes privatas actiones tam in personam, quam in rem summoveri constat. *d. L. sicut*, & *L. omnes*, *C. de præs.* 30. *vel* 40. *ann.* Sed hoc adiicimus, alia præscriptione actiones privatas in personam non summoveri; ne forte in aliis in hoc genere quærendis frustra laboremus. Id autem sic colligi potest. Omnis actio in personam aut ab initio constituta est lege intra certum tempus, aut ab initio sine ulla præfinitione temporis. Intra certum tempus ab initio constitutæ innumeræ: ut fere honorariæ omnes intra annum. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act.* constitutionibus actio de dolo intra biennium. *L. ult. C. de dolo*, edicto ædilium actio redhibitoria intra sex menses; quanto minoris intra annum. *L. sciendum*, *§. ulti. D. de æd. edic.* Sed nulla harum præscriptione temporis summovetur. Finito enim tempore præstituto & ipsæ iure ipso finiuntur, ut docuimus supra sub titulo, Quo tempore obligationes actionesve finiantur, seu de perpetuis & temporalibus actionibus. Quæ finiuntur ipso iure, eas certum est non removeri, non perimi per exceptionem: cum perimi actionem ipso iure, & perimi per exceptionem ita distinguantur in toto iure, ut etiam inter se opponantur. *L. qui servum*, *§. 1. D. de obl. & act.* Reliquæ sunt actiones, quæ constitutæ sunt ab initio sine ulla præfinitione temporis. Hæ postea ex constitutionibus certum tempus acceperunt, intra quod his experiri liceret. At hoc tempus in omnibus unum est, triginta scilicet annorum. *d. L. sicut L. omnes*, *C. de præs.* 30. *vel* 40. *annor.* Quo fit, ut in hoc genere actionum in personam una hæc relinquatur præscriptio triginta annorum, qua quidem in prima instantia is cum quo agitur, utatur.

XIX. In caussa appellationis, iuri appellandi, id est, agendi ex appellatione tempus olim præstitutum fuit, in caussa quidem propria biduum, in aliena triduum. *L. 1. § triduum*, *§. in propria*, *D. quan app. sit.* Hodie constituti decem dies *auth. hodie*, *C. de app.* Hinc præscriptio huius temporis adversus eum, qui hoc tempore exclusus postea appellet, & appellationis caussam exsequi studeat. [6]

XX. Atque hæ sunt peremptoriæ exceptiones. Iam quod de his proxime quæri dixi, quam vim & potestatem habeant ad actionem excludendam, videamus. Hæc vero una est & communis omnium, quæ & nominibus ipsis huius generis designatur. Dicuntur enim peremptoriæ & perpetuæ. *§. appellantur*, *Institutio. de excep. L. 3. D. eod.* Cur ergo peremptoriæ? ut intelligatur, quod in re est, & effectu harum exceptionum: eas esse videlicet, quæ actionem & rem de qua agitur, sic excludunt ut [7] perimant. *d. §. appellantur*, *Institut. de exceptionib.* Quod si perimunt, effectu res eo redit ut iam amplius actio nulla esse intelligatur; certe non magis obstet, quam si nulla unquam [8] fuisset. Definit enim esse id, quod perimitur. Hinc nata regula iuris de hoc genere exceptionum. Nihil interest, utrum actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Recte nihil interest; id enim vere futurum erat, si actio perempta & exstincta esset. Id autem per exceptionem nunc accidit. Exceptionem accipe peremptoriam. Neque vero hoc genere exceptionum actionem solum perimi dicimus: sed etiam rem de qua agitur: sic enim verba sunt descriptionis eius quæ huic generi tribuitur in *d. §. appellantur*, *Inst. de exc.* Quod eo pertinet, ut intelligatur perem-

6) De hisce præscriptionibus, aliisque similibus ad pleniorem notitiam consule Tract. Cuiac. *de diu temp. præscript.* & Tr. P. Gilken. *de Præscript. passim.*

7) A perimendo sicut peremptorium edictum *L. 70. D. de iudic.* peremptoria fulgura Sc. Gentil. *Orig. lib. sing. p.* 371. & *seq.* Nam vires principalis negocii exhauriunt ut *L. 2. C. de prec. Imp. off.* Vult. *inst. h. t. n.* 17. intersiciunt negocium, cum dilatoriæ lædant tantum & vulnerent *L. ult. C. in quib. ca. in int. L. 2. C. Th. unde vi.* Unde Peremptoria Gr. ..., dilatoria ... Cuiac. *Par. D. h. t.*

8) Ita & Don. *ad rub. C. h. t. n.* 4. Quia etsi debitor actione veteri, iure civili, teneatur; obiecta tamen exceptione id consequitur, ut non magis teneatur quam si actio nulla esset, & P. Fab *ad L. 66. de* ... . Et Bellon. 2. *supput.* 10. Nihil interest, in effectu scilicet & exceptione iam probata; Secus pendente iudicio add. Gilken. *de præscript. P. 1. C. 4. n.* 33.

peremptoria exceptinne etiam obligationem ipsam perimi: ut iam non modo nulla sit actio eius persequendi caussa, quod petebatur: sed nec in obligatione 9 ulla res subsit, quæ debeatur vel natura. Quod & ipsum verum est, idemque perpetuum, si unam exceptionem Macedoniani exceperis. Idque ita esse ea re manifeste declaratur, quod quibuscunque in caussis lex ut aliquid ratum sit, prius debitum saltem natura exigit, generaliter probatum est ad eam conditionem legis non pervenire: denique in numero huius debiti non esse habendum, quodcumque est iure summo debitum, cuius petitio per exceptionem peremptoriam infirmetur. Exemplo sunt pecunia constituta, & indebiti condictio. Pecuniam qui constituat pacto se soluturum, sic de pecunia constituta obligatur, si quod constituatur, ante vel natura fuit debitum. *L.* 1. *S.* pen. & ult. *D. de pec. const.* Si proponas aliquem iure civili quid debere, qui exceptionem peremptoriam habeat: quisquis constituerit id se soluturum, placet eum eo nomine non teneri; quasi constituerit pecuniam omni iure indebitam. *L.* 3. *S.* 1. *D. eod.* Sic qui quid solvit, ita demum solutum repetere non potest, si solvit debitum, & ad eam rem vel naturalis obligatio sufficit. Solius indebiti & eius quod nec natura debeatur, soluti condictio est. *L. si pœnæ*, in pr. *D. de cond. ind* §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* Propone eum qui exceptionem perpetuam, proinde & peremptoriam habebat, per errorem solvisse. Dum non sit Macedoniani exceptio, quæ naturalem obligationem semper relinquit: placet solutum repeti posse. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Indebitum igitur etiam natura solvit, qui exceptionem eiusmodi prius habuit. Alioqui cessaret condictio. Definiamus ergo potius generaliter hoc modo; nihil interesse, utrum quis ipso iure nihil debeat, an ita debeat, ut actio quæ iure summo esse potuit, per exceptionem infirmetur.

XXI. Sed hoc si ita est, cur in usu iuris ista inter se non distinguuntur solum, sed etiam opponuntur, perimi actionem ipso iure, & perimi per exceptionem? nam ita distingui & inter se opponi constat. *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. & act.* Fit hoc non otiose. Etsi enim hæc ut plurimum eundem effectum habent, & quanvis alia via, nihilominus eodem ducunt: tamen non est perpetuum. Distant hæc etiam effectu 10 duabus his in rebus; in iuris ea peremptione parti contestatione, & in prioris actionis renovatione.

XXII. In iuris parti contestatione hoc modo. Nam qui ipso iure liberatus est, puta eum solvisse: is si conveniatur de ea re quam solvit, potest initio in lite contestanda plane negare se quidquam debere, & omittere contestationem seu allegationem solutionis eo pacto, ut nihilominus hanc ipsam solutionem quandoque postea 11 ante rem iudicatam possit allegare:

9) Rectissime. Ac convenit Matthesilan. *Sing.* 97. Nec recte Hot. 6. *Obs.* 23 peculiare esse exceptioni rei iudicatæ, ut apud Prætorem allegata ipso iure actionem perimat. Quod in liberationibus iuris civilis ipsum ius effecit, idem in his oppositio in iudicio. Postquam itaque hæc opposita & probata, effectum perimendi sortitur, & non minus extinguit actionem quam aliis illa iure tollitur. Nam si perimit actionem utique & obligationem, illius caussam adæquatam. Si hanc perimit, ita dissolvit, ut nullum ulterius effectum operetur. Quare etsi obligatio pacto sublata contrario pacto resuscitetur *L.* 27. §. 2. *de pact.* id tamen antequam exceptio iudicio obiecta & probata. Postea autem resuscitari nequit, cum nulla obligatio civilis remanserit. Nam differentiæ (2) quas Don. mox tradit obtinent, priusquam exceptio hæc contestata. Nec aliud ius esse admiserim, in exceptione Macedoniani ut hic Donellus. Nam *d. L.* 10. non accipi debet, quasi idem sit post eam obiectam & probatam. Plane si opposita ea condemnetur filiusfamilias postea obiiciens non auditur *L.* 11. *ad SC. Maced.* sed id ob vires rei iudicatæ, unde habetur, ac si nec unquam filiofamilias competierit, etsi forte iniuste reiecta fuerit.

10) Add. *supra Lib* 16. *Cap.* 1. *N.* 1. *&* vid. Hippol. Riminald. *ad L.* 27. §. 2. *de pact.* *n.* 222. *& seqq.*

11) Immo & post sententiam vid. *infra d. C.* 7. *N.* 10. Quin & si iudici aliunde ex actis constet non obiectam attendere & reum absolvere debet, vid. *infra Lib.* 24. *C.* 2. Veras autem exceptiones Iudicem ex officio non supplere verius est, cum positæ sint in arbitrio litigantium, non iudicantium. Cuiac. *in Papin. ad L.* 14. *de Publ. in rem.* cumque LL. non opponi solum eas sed & initio in lite contestanda in strictis iudiciis requirant, ut *infra C.* 7. *N.* 6. Fac *L.* 4. §. 8. *de damn. inf* Et ita post plures citatos statuit Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 3. *n.* 3. & Zanger. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n.* 6. *& seqq.* Tametsi sint qui velint exceptiones quoque non oppositas, si ex actis appareant, posse a iudice suppleri. Bellon. 2. *Supput.* 10. *n.* 1. imo & debere Wes. *ad Snedwin* 1. *h* 1. *n.* 8. Quomodo & Bover. *Sing* 52. *n.* 4. exceptionem probatam confessione actoris, etsi a reo non obiectam iudicis officio attendendam, quia tunc actoris petitio notorie iniusta Sed hæc in bonæ fidei iudiciis, quibus insunt exceptiones, admitti possunt, vid *infra C.* 7. *N.* 5. in aliis vix itero. Quid quod nec exceptionem præscriptionis, quam tamen litis finitæ dicunt, ex actis apparentem suppleri vult Guido Papæ *Decis* 121. etsi quoad hanc contra statuit Elector Sax. Augustus *Nov. sua* 25. *P.* 1. Et contra quoque Tribunal imperii supremum censuit Mynf. 3. *Obs.* 28. & Melchioer. *tomo* 3 *Decis. Cam.* 23. *n.* 65. Huc facit quod Iudex in facto tum supplere dicitur, cum sibi constat ut iudici, si caussa non requirat formalem petitionem. Cacheran. *Decis.* 1. *n.* 32. Confer Afflio. *de Exsec.* §. 3. *C.* 167 & Io n. Pels *Processf. tit.* 35. *n.* 39. *&* 2. *seqq* cuius elegans distinctio iudici æquo forsan non repudianda. Hoc itaque interest: Solutio ipsa per se tollit civilem quoque obligationem. Non autem allegatio solutionis eam perimit. Unde apparet errare qui exceptionem solutionis statuunt, quam peremptoriam vocant vid *supra C.* 1. *N* 4 Iusiurandum ac pactum per se quidem perimunt obligationem naturalem *L* 95. §. 4. *de sol.* quia æquum esse desiit præstari. At non per se tollunt obligationem civilem, nec eius vires ac efficaciam infringunt. Illius nec mentio ulla requireretur in actis iudicii, si modo iudici absque ea nota esse non posset; caussæ vero eæ quæ exceptionem pariunt non proponendæ solum, sed & rite, suo tempore ac ordine iudicii servato.

gare: neque enim in eo adversus contestationem suam, aut etiam præter eam quidquam faciet: quia quandocumque obiiciet solutionem, & probabit, semper verum erit illud, quod initio dixit, nihil scilicet eum debere. At qui per exceptionem liberatus est, puta pacti conventi, is si conveniatur de eadem re, quam prius debuit, non licet ei in lite contestanda simpliciter dicere se nihil debere, & omittere exceptionem: sed exceptionem contestari debet, si velit eam in iudicium deduci, ut de ea postea cognoscatur: de quo amplius dicetur in usu exceptionis exercendæ. *L. siquidem. L. præscriptionem, C. de evict.*

XXIII. In prioris actionis renovatione distant ista hoc modo. Nam perempta ipso iure actione si prior creditor cum vetere debitore paciscatur, ut sibi idem quod prius, petere liceat, inutiliter paciscitur: actione autem per exceptionem perempta si idem faciat, utilis est conventio. Sit, exempli caussa, is cui furtum aut iniuria facta est. is si paciscatur cum adversario, ne eum eo furti aut iniuriarum agat; ipso iure furti & iniuriarum actio per pactum tollitur. *L. si tibi, §. 1. D. de pact.* Finge aliqua de caussa placuisse inter istos, ut priori creditori de iisdem rebus iterum agere liceret. Hoc pacto nihil agitur. Nam ipsum quidem pactum per se actionem novam creditori parere non potuit. Vetat regula iuris, quæ efficit ex pacto nudo actionem non nasci. *L. legem, C. de pact.* Proinde si per caussam huius pacti agere vult, restat ei sola vetus actio, qua ope huius pacti fretus possit experiri. At hæc iam nulla est; efficiturque ex eo, quod ipso iure sublata est. Nec quidquam ad actiones istas revocandas quidquam proficit pactio sequens. Nam furti actio ex furto, iniuriarum ex iniuria; neutra ex pacto nascitur: idemque valet in omnibus aliis actionibus iure ipso sublatis, quæ alias caussas habent, quam pactum. Unde illud generaliter dictum, obligationem actionemve semel exstinctam restitui vel revocari non posse. *L. qui res, §. aream, D. de sol. L. Mævius, §. duorum, D. de leg. 2.* Sic fit, ut post liberationem, quæ ipso iure contingit, omnis pactio de actione eiusdem rei renovanda sit inutilis. Contra fit is creditor, cui ex mutui caussa aut ex stipulatu quid debeatur. Si is paciscatur cum debitore, ne ab eo petat, manet nihilominus iure vetus actio, liberaturque debitor tantum per exceptionem. *§. præterea, Inst. de except.* Propone ergo eumdem creditorem postea pacisci, ut sibi ab eo debitore petere liceat. Hæc iam pactio utilis est, quæ actione ipso iure prius sublata esset inutilis. Non sane quia creditori contra superiorem regulam nascatur ex pacto actio magis, quam ante; sed quia post istam liberationem, quæ per exceptionem contigerat, mansit adhuc vetus actio creditori, qua iam propter pactum posterius utiliter potest experiri. Nam si actio exceptione prioris pacti removebitur a debitore, hæc exceptio posterioris pacti replicatione elidetur: ut sic hæc pacta duo certent inter se, sed novissimum vincat iure certo, quo placet novissima pacta servari. *L. pacta novissima, C. de pact.* Hæc ad istam sententiam differuntur a Paulo [12] in *L. si unius, §. pactus, D. de pact.*

XXIV. Quæ exceptiones peremptoriæ sunt, eædem dicuntur & sunt perpetuæ. *d. L. 3. D. de exc. §. appellantur. Inst. eod.* Quo verbo significantur peremptorias exceptiones non solum in solidum rem cui obstant, perimere; sed perimere perpetuo, itaque ut obstent, non ad tempus, sed [13] perpetuo competere, ut dela-

12) Vid. *infra Lib. 24. D. 2. N. 1.*

13) Quæ semper obstant §. 8. *Inst. L. 3. D. h. t.* Et ita hæc appellatio a tempore, quo durat effectus per auctores citatos *supra N. 1.* & Bronch. 2. *misc.* 52. Non vero a tempore proponendi quod quacunque iudicii parte, ante sententiam opponi possint, ut erronee DD. & Mynf. *in d. §. 8. n. 2.* Hering. *de fideiuss. C. 28. n. 13* Nam & quædam dilatoriæ post litem contestatam imo & sententiam recipiuntur. Bronch. 2. *misc.* 52. vid. *infra C. 8. N. 28* Nec etiam inde quod temporis lapsu non pereant ut Hot. *ad d. §. 8.* & Donellus noster hic. Quod & refellitur exemplo exceptionum non numeratæ pecuniæ vid. *infra N. 15.* & quia multæ etiam dilatoriæ eo sensu perpetuæ. Paucis. Perpetua, quæ obiecta efficit ne unquam posthac actio intentata noceat, cum eam plane interimat & cognitionem totius negotii tollat *L. 2. C. de prec. Imp. off.* Temporalis, quæ etsi quandoque diu ante nata & quasi in habitu fuerit, non ideo spacio temporis exstinguitur: obiecta tamen non plane enervat, sed infringit actionem, ac ut Cuiacii verbis utar, non interficit, sed vulnerat. Veluti. Ei, qui ante 32. annos bonis cessit, non conveniatur, non minus exceptione, ne ultra quam facere potest conveniatur, quæ dilatoria ut *infra C. 8. N. 28.* iuvatur, nec ab ea præscriptione tricennali excluditur. Ast hæc exceptio non plene eum liberat, sed quousque ad pinguiorem fortunam pervenerit, quandocunque istud, brevi vel longo tempore post, contingat. Alio itaque sensu perpetuæ hic, alio perpetuo competentes, in *L. 5. §. ult. de doli exc. L. 8. C. de non num. pec.* & perpetuæ in *L. 5. C. h. t.* Posterius hoc dilatoriis quoque convenit iis scilicet quæ sui natura tempus certum non habent, ut sunt exceptiones pacti temporalis, moratoriæ &c. Et contra omnibus peremptoriis non convenit, ut *h. Cap. N. 15.* Certe: Temporales exceptiones non eo modo dici quo actiones palam est. His namque omnibus certum tempus iure definitum. Illæ pleræque quousque repellant, incertum tempus est. Veluti: Præscriptio fori, quod iudex competens non sit, removet actorem usque dum reum coram alio & suo iudice convenit. Id num ac quando facturus sit, in actoris arbitrio positum, non iuris auctoritate tempus præfinitum est. Exceptio falsi Procuratoris tuetur reum quousque ipse actor non venit aliumve legitimum mittit. Id quando futurum sit non apparet.

claratur in *d. L.* §. *appellantur*. Adeo autem verum est peremptoriam exceptionem ad hunc modum esse perpetuam, ut talis sit, quanvis nascatur ex ea caussa, ex qua si aliqua actio nata esset, actio esset temporalis. Exemplo est doli exceptio. Hæc ex dolo est: qua eadem ex caussa nascitur actio de dolo. Qualis autem hæc actio? temporalem esse constat, & quidem intra biennium continuum solum constitutam. *L. ult. C. de dolo.* Num ergo huiusmodi est doli exceptio? Immo & hanc ut peremptoria exceptio est, ita & perpetuam esse placet. *L. pure*, §. *ult. D. de dol. mal. exc.* Finge quem deceptum alterius dolo quid amisisse. Si de eo nulla alia actio est, erit de dolo, qua solum intra biennium experiatur. Idem si eiusdem dolo deceptus quid promiserit: sicut habet exceptionem doli adversus actionem iure civili comparatam. *L. doli, C. de inutil. stip. Inst. de exc.* in princ. ita habebit perpetuam, idest, eam qua uti possit intra triginta annos, atque adeo quandiu cum eo ex ea caussa summo iure agi potest. Hoc, inquam, Paulus in *d. L. pure*, §. *ult. de dol. exc.* Quæret ergo aliquis, cur cum hic actio de dolo & exceptio doli ex eadem caussa sint, dissimili tamen iure in tempore habeantur. Neque enim convenit, in quibus caussis eadem ratio sit, in his diversum ius statui. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Explicat Paulus ibidem, & differentiæ rationem hanc reddit: *quia actor quidem*, inquit, *in sua potestate habet, quando utatur suo iure; is autem cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur*. Optima ratio: qua significat eum cui actio de dolo competit, posse intra tempus actioni præstitutum ea actione cum velit experiri. Proinde si non agat, de se queri debere. Eum autem qui habeat exceptionem, non habere in sua potestate, quando ea exceptione utatur: hanc enim tunc solum opponi posse, cum reus convenitur ab actore: huius autem conventionis potestatem penes actorem solum esse, penes reum non esse. Neque vero æquum esse nocere reo, quod exceptione usus non est, qui etiam si vellet, ea uti non potuit. Nam ut idem alibi scribit: quid potest imputari ei non facienti quid, qui facere id etiam si vellet, non potuit? *L. cum quidam*, §. [14] *si pupillo*, *D. de usur.* Quæ ratio usque adeo æqua esse visa est, ut translata sit etiam ad actiones, placeatque actionem quidem quæ constituta sit intra certum tempus, unquam cedere ei, qui ea non potuit, etiam si vellet, experiri. *L. 1.* in fin. *C. de anna. exc.* Quod si in actionibus ipsis recipitur, multo magis valere debuit in exceptionibus: quippe quæ reorum caussa comparatæ sunt: semper autem favorabiliores rei, quam actores. *L. favorabiliores, D. de reg. iur.*

XXV. Sciendum tamen ex omnibus peremptoriis unam esse, quæ ita sit peremptoria, ut non sit perpetua nisi sub conditione. Ea est [15] exceptio pecuniæ non numeratæ. Hanc inter peremptorias numerari constat in §. 1. *Instit. de exc.* Et est omnino huiusmodi: opposita enim suo tempore sic agenti nocet, ut actio in totum perimatur. Non est tamen proposita

14) Recte add. *tex. L. 4. C. h. titul.* ubi Donellus, Et alias actor eludere posset reum non agendo, donec tempus exceptionis laberetur. Sarmient. 2. *Select. interpret.* 3. *n.* 8. Coler. *Consf.* 44 n. 20. *& seq.* Costal. *ad L.* 8. §. 13. *de inoff.* Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Unde nec 30 aut 100. annis extingui post Balbum recte Wes. *Par. D. h. t. n.* 12. & Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 80. docens perpetuam dici *d.* §. *ult.* non eo sensu quo actiones perpetuæ, sed iuxta naturalem vim verbi, ut lacus perpetuus *L. 1.* §. *lacus* 3 *ne quid in flum. publ.* morbus perpetuus *L. pen. de vacat. mun. & simil.* Quin nec si ad mille annos quis agere cessasset, minus obstare has exceptiones scribit Damhuder. *praxi civ. C.* 136. *n.* 2. Quippe præscriptiones proditæ in odium & coercitionem negligentium. Quæ ratio in exceptione regulariter cessat, quas exercendi facultas non est ante actionem. Bus. 1. *Subsid.* c. Bargal. *Lib.* 4 *de dolo C.* 2 *n.* 87. *&* 89. *ac Lib.* 6. *reg.* 10. *n.* 14.

15) Male. Gemious error. Nam (1) Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ vere perpetua est eo sensu quo peremptoriæ omnes ita nominantur, exposito *supra N.* 13. Neque ullibi hæc excipi iure legitur. Et dicitur perpetua quia peremptoria, ac vicissim, ut eo ipso quod perpetua esse negatur, peremptoriarum censu eximi eam oporteat. 2) Alio autem sensu non hæc unica temporalis, sed plures. Nam regulæ *n.* 24. propositæ tunc solum locus quando quis ius suum in iudicio agendo proponere nequit. Secus quando eiusmodi exceptio, quæ intra certum tempus lege præfinitum in modum actionis proponi potest. Quippe ei legitimo actionis tempore præscribitur, cum sit quod negligentiæ imputetur, proinde ratio *d.* §. *ult.* expressa cesset. Wesenb. *ad Sneidvin. Inst. h. t. n.* 3. *per L.* 30. §. *pen. & ult. de pecul. & post. plures citatas Par. D. h. t. n.* 12. Gomez. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 20. Veluti exceptio querelæ inofficiosi *L.* 8. §. 13. *de inoff.* ubi Costal. minoris ætatis vid. *supra Lib.* 21. *C.* 10. *N.* 20 Sic & exceptio spolii eum loco actionis conceditur eodem tempore, quo actio vel interdictum definiri; secus vero quando proprie per modum exceptionis deducitur docet Menoc. *Recup. poss. remed. L.* 1. *n.* 451. *& seqq.* Enimvero ne facultas probandi exceptionem intercidat reo, potest is curare ut testes examinentur ad perpetuam memoriam. Myns. 4. *Obs.* 72. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 15. *n.* 1. Otho Melaud. *Comm. Cameral. P.* 1. *t.* 50. Quo de quæpiam, si commodum erit, subnotabo *infra Lib.* 25. Quin imo si dolose actionem extrahat actor, ut probatio exceptionum interim pereat, posse adiri iudicem statuunt, eiusque officio implorato peti, ut actori certum tempus intra quod experiatur præfiniat declaretve exceptionem imploranti competere, proinde liberum ab actione esse & silentium adversario imponat. Ita enim post alios Wesenb. *ad Sneidvin. Inst. h. t. n.* 9 Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 81. Contard. *ibid. Cap.* 3 *n.* 108. *& n.* 127. ac Cagnol *in d. L. n.* 5. Io. Bapt. Ain. *de Exsecut.* §. 6. *Cap.* 36. Mynsing. 4. *Obs.* 74. *n.* 7. *&* 8. veriorem ac communiorem opin. vocans, & Menoch. *adipisc. poss. remed.* 4. *n.* 360. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Quæst.* 15. *n.* 2. *per L. si pater* 3. *C. Qui bon. ced.* sit hoc iure utimur. Quod num rationi iuris congruum sit, non definio. Confer. *Supra Lib.* 19. *Cap.* 4. *N.* 1. add. Iac. Schult. *Obs. forens.* 33.

sita nisi intra certum tempus: olim quidem intra quinquennium; hodie intra biennium dumtaxat. *Inst. de lit. oblig.* Sed & hoc ita, si debitor intra id biennium questus non sit de pecunia sibi non numerata. Quod si querelam de ea re adversus creditorem intulerit; iam hac conditione incipit exceptio fieri perpetua, ut deinceps debitori heredive eius perpetuo competat. *L. si intra, C. de non num. pec.*

C A P. III.

Qui exceptionem peremptoriam iure constitutam habeant, ut ea pro suo iure recte uti possint, cum opus est: seu, quibus, adversus quos, qua de re quævis exceptio peremptoria competat.

I. Cognitis exceptionibus iis, quæ peremptoriæ habentur, tum quid valeant in universum ad actionem penitus excludendam: tertia ac proxima reo deliberatio est, ut dispiciat de iure suo in una aliqua ex his usurpanda, idest videat, num quanam iure suo uti possit, sciens quæcumque illa erit, pariter adversus actionem se tutum futurum. Sic autem una aliqua uti poterit iure, si eam iure sibi constitutam habebit, ut ea pro sua utatur, cum usus exiget. Iam vero ut ita constitutam habeat, in his positum est, si habeat sibi; si adversus eum, adversus quem utitur; si de ea re, de qua agitur. Nam qui aut exceptionem iure sibi tributam omnino non habet; aut habet quidem sed non adversus eum qui agit; aut adversus eum quidem, sed non de ea re, de qua nunc agitur; eum certum est exceptionem in eo de quo quæritur, non habere. Ita cum de iure habendæ & usurpandæ exceptionis quæritur, res omnis huc redit in summa, ut quærendum sit, quibus, adversus quos, qua de re exceptio quævis peremptoria competat. Quæ omnia in quo recte concurrent, is exceptionem habebit, qua recte & pro iure suo utatur: cui eorum quid deerit, is non habebit. De his ut quam facillime & citissime præcipi possit, animadvertendum est de supra scriptis rebus quædam esse communia omnium exceptionum peremptoriarum, quædam singularum propria.

II. Communia sunt maxime, quæ pertinent ad personas eorum, quibus & adversus quos per consequentiam exceptio peremptoria competit. Propria, quæ pertinent ad personas eorum quibus & adversus quos ab initio principaliter exceptio quæritur, item & ad rem quamque, de qua exceptio comparata est: quamquam & de his ipsis in quibusdam exceptionibus communia quædam sunt, ad quæ perceptio revocetur. Recte igitur fiet, atque ordine, si de communibus semel & in commune dicamus: propria quæ erunt, his ut res postulat, proprium tractatum, quod satis sit, tribuamus.

III. Communia omnium hæc sunt. Iam primum omnis peremptoria exceptio caussæ cohæret, ut indicatur in *L. 7. D. de exc.* Quippe cohæret aut in totum, aut ex parte.

IV. Et ex parte quidem caussæ cohærent tres; ex iure communi duæ, Macedonia-

doniani & Velleiani: extraordinario iure una, nempe ea [1] quæ minoribus per in integrum restitutionem contingit. Sunt enim hæ omnes eiusmodi, quæ personæ quidem certæ tribuantur: sed ita personæ, ut nihilominus sint & caussæ. Macedoniani exceptio tribuitur quidem solis filiisfamilias: sed non in omnibus caussis, ne quis solius huius personæ caussa tributam putet, ac propterea solius esse personæ: verum in pecunia solum credita; ut sic hæc quoque caussa locum faciat exceptioni. Sic exceptio Velleiani solis mulieribus data est: sed, & hæc non in omnibus caussis, verum in hac solum, cum pro alio intercesserunt. Eademque conditio est exceptionis eius, quæ beneficio ætatis minoribus competit. Nam hæc ut alia restitutio omnis minorum sic datur minoribus, non simpliciter si minores sint; sed si infirmitate ætatis inciderint in captionem. *L. quod si minor*, §. 1. *L. non omnia*, *D. de minor.*

V. Cæteræ omnes ut ex earum caussis licet animadvertere, per omnia caussæ sunt, non personæ. Hinc ergo illa communia omnium harum exceptionum de iis, quibus, & adversus quos per consequentiam illæ competunt. Sic enim fit, ut quæcumque exceptiones peremptoriæ alicui primo competere cœperunt, eæ ab huius persona ductæ ad eos quoque transeant, ad quos eadem obligatio pertinet: heredes dico principalis debitoris & successores omnes, item eius fideiussores omnesque alias eiusdem obligationis accessiones: quibus proinde omnibus eædem exceptiones competunt. Primum omnis exceptio peremptoria competit heredibus: quod de exceptione non numeratæ pecuniæ traditum in *L. si intra*, *C. de non nu. pec.* sub uno exemplo pertinet ad omnes eiusdem generis. Unde ergo ductum? nempe hoc efficit natura superior harum exceptionum cum conditione iuris hereditarii coniuncta. Sic enim est conditio hereditatis, ut quemadmodum hæc, sic per hanc heres succedat in ius omne defuncti. *L. hereditas*, *D. de reg. iur.* *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* tantum ne sit ius personale: quod eiusmodi est, ut, quia personæ cohæret, etiam cum ea exstinguatur. *L. maritum*. *L. quia*, *D. sol. mat.* At illud iam posuimus, actiones peremptorias, quæ constat esse defuncti iura, caussæ cohærere. Ita & in has exceptiones necesse est heredem succedere.

VI. Nec tamen minus hoc ius ad eos [2] qui in rem succedunt, pertinet. Ut, si quæ exceptiones venditori competunt tuendi fundi caussa, fundo vendito etiam emptorem sequentur, ut is de proprietate rei conventus uti possit non solum propriis, sed etiam venditoris defensionibus. *L. emptori*, *C. de exc.* *L. si tibi*, §. *pactum*, *D. de pact.* Merito: sic enim venditor emptori fundum tradit, ut ius omne quod fundi tenendi caussa habuit, in emptorem transferat. *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.* Quo numero sunt exceptiones eo nomine comparatæ. Igitur & has una cum reliquo iure transferet. Quidni vero transferat exceptiones suas, quas fundi caussa habet, cum quod plus est, transferat quam habet de eadem re actionem? Neque enim ignota est regula iuris, cui damus actionem, dicendum esse ei [3] multo magis exceptionem competere. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* quo significatur, ut hæc facilius competit, ita & eam translata actione facilius de eadem re transferri, si modo exceptio caussæ cohæserit, non personæ: cuius generis esse diximus exceptiones peremptorias. Ut hæ exceptiones heredibus & successoribus omnibus illa de caussa competunt, ita competant & fideiussoribus, omnibusque aliis principalis obligationis accessionibus.

VII. De fideiussoribus generaliter traditum in *L. exceptiones*, 7. *D. de exc.* nominatim adiecta hac caussa, quod caussæ cohæreant. Id exigebat conditio obligationis fideiussoriæ. Nam cum hæc sit tantum accessio principalis obligationis, nec plus in accessione esse possit, quam in principali obligatione. §. *fideiussores*, *Inst. de fid.* necesse est fieri id quod generaliter definitur in *L. ex persona*, *D. de fid.* [4] exceptionem & omnia rei commoda quæ obligationem minuunt, fideiussori competere etiam invito reo: idem in *L. omnes*, *D. de exc.* Sane si quis fideiusserit [5] donandi animo idest ne quod sol-

1) Quæ tamen non mere realis, sed mista vid. *supra Lib.* 21. *C. ult. n.* 10. *N.* 8.

2) Vid. Bover. *Sing.* 52. *n.* 27. Sed & defensori eadem exceptio quæ defenso *L.* 35. §. 3. *L.* 51. §. 1. *de Procur.* de quo vid. Anton Fab. *Cod. sue hoc est defin.* 4.

3) Vid. *supra h. Lib. C.* 1. *N.* 8. vers. *plane latior*. Confer Asin. *Praxi* §. 4. C. 9. Sed hæc ita si utraque ad idem tendat eiusdemque ratione prodita. Nam possessorio recuperandæ possessionis conventus non se tuetur exceptione dominii, etsi ipse actionem seu rei vindicationem habeat Sich. ad *L.* 5. *Cod. de pact. n.* 11. *& seqq.* P. Fab. ad *d. L.* 156. §. 1. Nec interdicto, quod legatorum conventus, etsi actionem ex testamento aliamve habeat. Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap.* 13. *n.* 29.

4) Et quia quod a fideiussore petitur, ab ipsoque debitore peti videtur, qui mandati iudicio redditurus est quod is solverit §. *ult. I. de rep. ic.*

5) Et nisi pro invito ac vetante fideiusserint. Quia enim hic mandati actione non habent regressum, *L.* 6. §. 2. *L.* 40. *Mand.* nihil interest debitoris eos liberari. Briss. *Lib.* 1.

solverit, a debitore repetat; placet ei exceptionem reo competentem non dari, quæ modo non ex turpi facto actoris nascatur, ut pacti conventi & similes. *L. quod dictum, D. de pac.* Et certe qui ita fideiussit dici potest non esse accessio principalis obligationis, cum tanquam suo nomine obligari voluerit; dici etiam potest illo animo videri commodis rei renuntiasse, certe his uti nolle. Ut absit hic animus donandi, tamen placuit unam speciem exceptionis fideiussori non dari. Ea exceptio est, quæ auxilio extraordinario ætatis per in integrum restitutionem minoribus competit: ob id quod minor deceptus sit solum in re sine dolo adversarii. *D. L. 7. in fin. de exc. L. in caussæ, 13. D. de min.* cuius rei rationem reddidi in restitutionibus minorum in extremo.

VIII. Quæ fideiussorum caussa est, eadem est & cæterarum accessionum, ideo & his eædem exceptiones dabuntur. *d. L. ex persona, de fid.* quo in numero sunt mandatores, & eiusdem pecuniæ constitutæ rei. *L. ult. C. de const. pec.* Ergo & si qua exceptio filiofamilias suo nomine quæsita erit, eadem proderit & patri, si cœperit pater ex ea caussa conveniri vel de peculio, vel de in rem verso. *L. acquirent, & L. seq. D. de pact.* Nam & hic patris persona principalis eius obligationis qua filius tenebatur, accessio est.

IX. Eadem illa ratione, qua placet exceptiones peremptorias caussæ cohærere, vice versa & hoc adversus actorem efficitur, ut quæcumque adversus aliquem competunt, eædem competant & adversus eius heredes omnesque alios successores etiam qui singulari iure in eandem actionem successerint. De heredibus adversus quos competant, traditum sub exemplo exceptionis non numeratæ pecuniæ in *L. si intra, C. de non num. pec.* Nec aliud pro natura hereditatis responderi potuit in his quæ personæ non cohærent. Heres enim hereditatis iure non in commoda tantum defuncti succedit: sed etiam in onera & incommoda omnia non personalia. *L. 1 2. 3. D. de bon. poss.* Ac sunt in hoc numero exceptiones peremptoriæ, quibus defunctus removebatur. Huc pertinet regula iuris, qui in ius dominiumve alterius succedit, eodem eum iure uti debere. *L. qui in ius, D. de reg. iur.* Neque minus tamen hoc idem ius [6] ad singularum rerum successores pertinet; efficiturque aperte verbis superioris regulæ, quibus iubetur eodem iure uti, etiam qui in dominium alterius successit, idest, qui rem dominii iure ab alio accepit. Finge eum qui rem vindicabat a Titio, pactum esse, ne de ea re amplius ageret, aut agentem cum Titio iudicio superatum esse. Si eam rem vendiderit postea alii, emptor eam rursum vindicans a Titio, iisdem exceptionibus removebitur: ut sic in utramque partem eodem iure auctoris utatur. *L. exceptio, D. de exc. rei iud.* Sunt ergo hæc de supra scriptis rebus, de quibus quærimus, omnium exceptionum peremptoriarum communia.

X. Propria harum exceptionum quæ sunt in his ipsis rebus, pertinentia scilicet ad principales personas, quibus & adversus quas primo hæ exceptiones competere incipiunt, itemque ad res ipsas & caussas, quæ in has exceptiones deducuntur: & ipsa pro genere exceptionis alias faciliorem, alias difficiliorem explicationem habent. Exceptionum peremptoriarum genera duo esse diximus. Unum earum, quæ statim ab initio nascuntur inter contrahentes in re gerenda: cuius generis hæ fere sunt, exceptio metus, doli, erroris, non numeratæ pecuniæ, Macedoniani in pecunia filiofamilias credita, Velleiani in intercessionibus mulierum. Alterum earum, quæ re ab initio recte gesta ex facto aliquo postea interveniente nascuntur: cuius generis præcipue hæ quinque, pacti conventi, iurisiurandi, rei iudicatæ, doli mali post secuti, & præscriptio temporalis.

XI. Prioris generis facilis & expedita ratio est in iis tribus quæ nunc quærimus. Continentur enim omnia una prope notione & præceptione communi, ad quam cum singulæ revocatæ fuerint, de omnibus facile poterit iudicari. Animadverti enim debet omnes exceptiones huius generis nasci tantum inter eos, inter quos res geritur, & nasci ex horum ipsorum facto, seu ex ea caussa, quæ ab ipsis solis proficiscitur, reo eam caussam in se patiente, adversario eam caussam inferente, aut confirmante, & id de re quæ inter ipsos geritur. Quapropter facile est intelli-

Lib. 3. de solut. pag. 438 De exceptionibus rei quæ fideiussoribus accommodantur vel non, vid. citatos *supra Lib. 16. Cap. ult. tit. C* add. Zang *P. 3. C. ult. n. 216. & seqq.* Plane Exceptio cessionis fideiussori non datur, quia in hoc acceptus est ut debitore bonis lapso debitum consequamur *§. ult. in fin. Inst. de replic.* Cuiac. 19. *Obs.* 29. *& in not. ad L. 7. hoc tit.* Sed ea exceptio peremptoria non est vid. *infra* C. 8 N. 20. proinde nec huius loci.

6) Exceptio quæ cedenti obstat quando & Cessionario vid. laudatos *supra Lib.* 15. C. 4. N. 54. add. Monter. de Cueva *Decis. Arag.* 15. Anton. Fab. C. *suo h. tit. defin.* 24. Cels. Bargal. *Lib. 4. de Dolo Cap.* 2. *n.* 19. *& seqq.*

telligi, in eo de quo quæritur, sic de omnibus in universum definiri posse, competere has omnes exceptiones ei, qui eam caussam in se habet & patitur, propter quam exceptio comparata est; dari adversus eum, qui in re gerenda eam caussam ad contrahendum intulit, aut consensu suo confirmavit: & dari de re ob eam caussam contracta. Quam notionem si ad singulas species sigillatim accommodare volemus, tum facile in omnibus congruere ac proinde veram & expeditam esse reperiemus. Res igitur sic habet, ut metus exceptio competat reo metum passo; adversus eum qui in re gerenda metum intulit, de re metu contracta. Exceptio doli ei, qui dolo alieno captus est; adversus eum qui dolum adhibuit; de re dolo male gesta: Erroris exceptio ei, qui errore suo falsus promisit, quod non debebat; adversus eum qui in contractu eundem errorem secutus id ipsum stipulando sibi cavit; de re eo errore cauta. Exceptio non numeratæ pecuniæ ei, qui spe futuræ numerationis ductus cavit se pecuniam accepisse, quam nec postea accepit; adversus eum, qui ea spe debitoris usus cautionem in se emitti passus est; de ea ipsa pecunia non numerata. Macedoniani & Velleiani exceptiones se ipsæ ostendunt, quibus, adversus quos, & qua de re competant. Nam Macedoniani exceptio cum locum habeat in pecunia filiofamilias credita: apparet principaliter competere eam filiofamilias cui mutuo pecunia data est: adversus eum qui credidit; de ea ipsa pecunia credita. Similiter cum exceptio Velleiani prodita sit adversus mulierum intercessiones: apparet hic quoque hanc exceptionem mulieri dari, quæ intercessit; adversus eos creditores, apud quos pro alio intercessit; de ea ipsa re, pro qua intercessit. Adde iam superioribus communia illa de principalium istarum personarum heredibus, fideiussoribus, cæterisque accessionibus, quæ supra posuimus: tum plane hunc locum de huius generis exceptionibus impleveris, ut constet omni ex parte quibus, & adversus quos cum principaliter tum per consequentiam, item quibus de rebus competant. Solum caussæ singularum cognoscendæ sunt: quarum explicatio unde sumenda esset, initio superioris capitis diximus.

XII. Ex posteriore genere postrema species exceptionis, quam præscriptionem temporalem usitato verbo vocamus, tota per se patet. Nam si præscriptio temporalis quæretur adversus actionem in personam, perspicuum est hanc exceptionem debitori dari, adversus creditorem qui intra tempus constitutum non egit: dari autem de re quæ ea actione & obligatione continebatur. Sin quæritur exceptio adversus actionem in rem: apparet hanc possessori dari, qui per constitutum tempus rem possedit; adversus eum qui rem vindicet, de re ipsa possessa, quæ vindicatur.

XIII. Solæ restant ex hoc genere quatuor; quæ vocentur in disquisitionem ampliorem, pacti conventi, iurisiurandi, rei iudicatæ, doli post secuti: de quibus ideo paulo difficilior explicatio est, quia in his non similiter ut in superioribus quidquam in commune præcipi potest, quod ad principales personas & res earum exceptionum proprias pertinet, sed singulæ proprium quemdam tractatum desiderant. Id autem ex eo accidit, quod prioris generis exceptiones omnes, ut diximus, nascuntur statim inter eos ipsos qui quid inter se gerunt: & ex solo ipsorum facto: ut hic de aliorum factis quæri non oporteat, quæ vel debitori prosint ad exceptionem illi acquirendam, vel adversario noceant ad eum exceptione onerandum. At in his quatuor, quas modo diximus, contra evenit, ut cum nascantur ex facto post secuto, non solum nascuntur cuique aut adversus quemque ex ipsorum facto, sed etiam interdum ex alieno eorum, qui in eo vel prodesse debitori potuerunt, vel nocere creditori. Unde quæstio nova in singulis inducitur, quinam ii sint. Sed & res ipsæ in singulis variæ, quæ nec una notione communi continentur.

XIV. Quamobrem de singulis separatim dicemus, quod necesse sit ad intelligendum, quibus, adversus quos, qua de re competant. Exceptio pacti conventi propria est *tituli de pactis*, *D.* exceptio iurisiurandi propria *tit. de iureiurando.* *D.* ubi & hæ species explicantur. De reliquis duabus sui sunt proprii & separati tituli D. nempe hi, *De exceptione rei iudicatæ*, & *de doli mali & metus exceptione*.

C A P. IV.

De pacti conventi exceptione, item iurisiurandi, quibus hæ, adversus quos, qua de re competant,

Exceptio pacti conventi qualis. I.
Quæritur debitori aut suo ipsius pacto aut alieno. II.
Alieno *quæritur per eos qui sunt in potestate debitoris. Qui isti.* III.
Item per rerum administratores; quomodo; & qui illi. IV.
Item per testatorem heredi debitori, & principali per fideiussorem. V.
Per extraneum vero cuius nihil interest exceptio ista non quæritur. VI.
Hæc eadem ad quos transeat, & quatenus. VII
Exceptio pacti conventi constituitur adversus actorem aut suo ipsius pacto, aut alieno. VIII.
Suo, *si ipse alienandi potestatem habeat.* IX.
Alieno, *per eosdem per quos debitori potest acquiri.* X. & seqq.
Sed per hos ipsos, excepto testatore, eatenus dumtaxat, quatenus patitur illis attributa potestas, & recta administratio. XI. XII. XIII. XIV.
Qua de re pacti conventi exceptio competat. XV.
Exceptio iurisiurandi, quatenus conventionem habet, iisdem quibus exceptio pacti regulis iuris comprehenditur. De his summatim. XVI.

I. Pacti conventi exceptio est ex pacto, quo convenit, ne [1] quid peteretur aut a debitore in actionibus in personam, quibus tenebatur; aut a possessore in iis, quæ ab eo vindicari potuerunt. Quæ de debitore & creditore inter se paciscentibus hic dicta erunt, eadem de possessore & petitore, inter quos eadem pactio intervenit, intelligemus.

II. Hæc exceptio, cum de debitore agitur, huic ipsi principaliter competit tunc, cum ei recte quæsita est. Quæritur autem

1) Quidam discrimen constituunt inter pactum de non petendo, quod impediat etiam extraiudicialem petitionem ac receptionem solutionis: & de non agendo quod tantum iudicialem ac litis contestationem. Sed eos refellit Bellon. 2. *Supput.* 9. & Hippol. Riminald ad *L.* 27 §. 2. *hoc tit. de pact. n.* 197. *& seqq.* tum quia agens & petitor confunduntur §. 33. *I. de act. & simil* tum quia hæc ipsa promiscue sumuntur, pactum ne peteretur §. 9. & ne ageretur §. 10. *Inst. de except. &c.* Cæterum hæc Exceptio est sive re sive verbis conventum sit *L.* 1. §. 3. sive expresse sive tacite consensum *L.* 2. §. 1. *L.* 4. *pr. h. t.* Unde divisio pactorum ab adiuncto ut Val. Guil. Forst. *Tr. de Pact C.* 4. *membr.* 5. vel a qualitate caussæ efficientis, ut Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de via & rat. iur. C.* 6. *n.* 41. Qua alia expressa quæ verbis fiunt, *d. L.* 1. §. 3 sive coram tractatu habito, sive inter absentes per epistolam aut nuncium *L.* 2. *pr. h. t.* ubi Cuiac. Alia tacita quæ sine verbis. Ubi re convenire dicitur *d. L.* 2. *pr.* ut recte Duar. *ibid.* ea verba exponit Don. *supra Lib.* 12. *C.* 10 *n.* 18. Connan. 5. *Comm.* 4. *n.* 1. ac contra Cuiacium in *d. L.* 2. *pr* satis firmat Forst. *d. Membr.* 2. in priori scilicet specie, aut tacite consensu actum in posteriore. Neque in his tacitis pactis semper præsumpta voluntas ut For. *d. loc.* Fortun. Garcia *ad L.* 1 *hoc tit. n.* 58. Reiner. Bachov. *mist. dispur. C* 11. sed duplicia sunt: Alia verum habent consensum, facto declaratum *L.* 5. *Rat. rem hab.* tacitum sane, sed quatenus non aperto, sed expresso opponitur; confer *supra Lib.* 14 *C* 16. *N* 3. ubi id quod gestum est, sine eo quod ita pactum intelligitur, inutile & frustraneum foret, Don. ad *L.* 2. *C. hoc tit. n* 9. Exempla insigniora duo videntur. Unum. Reddita cautione vel chirographo *L.* 2. §. 1. *h. t.* etiam ab alio quam creditore, eius tamen iussu *L.* 7. *C. de remiss pign. L.* 3. §. 1. *de lib. leg.* Fac. *L.* 1. §. *ult. de lib leg. L.* 45. § 6. *de leg.* 1. *L.* 59. *de leg.* 3. Ratio: non quod chirographo principalis obligationis auctoritas contineatur ut male Cuiac. *in d* §. 1 notatus ab Hot. 7. *Obs.* 11. *& ad L.* 3 *h. tit.* Ita enim amisso chirographo periret obligatio contra *L.* 10. *Cod. de f. instr.* Et imo est tantum testimonium obligationis contractæ *d L.* 59. *L.* 4. *de fide instr.* vid *infra Lib.* 25. *C.* 8. Nec quod pro soluto debitum habeat, qui reddito chirographo facultatem probandi & fundandi petitionem sibi adimit ut A. Fab. *ad d.* §. 1. & Bach *d. Cap* 11 post Fortun Garciam *ibid. n.* 2. Nam imo potest aliquando eo amisso alia probatio, per testes &c. suppetere vid. *infra Lib* 25. *C.* 8. Nec quod ex hac redditione debitum solutum esse præsumatur ut post Ruin. Menoch. 3. *Præsumpt* 140 *n.* 4. Id enim naturæ huius pacti liberatorij & liberalitati repugnat. Eaque ratione probatio contraria reciperetur, non ea solum qua qui reddidit negaret se ita sensisse quam admitti non inficior per *L.* 3 *h. t.*) sed & ea qua sibi solutum non esse convinceret, quod sententia *d. L.* 2. §. 1. non admittit. Sed quia nullus cautionis usus esse potest debitori, nisi liberatio. Nec si non elusoria redditio, alia suspicio capi quam remissæ sortis. Duar. ad *d. L.* 2 Hot ad *d. L.* 3. *& d. Cap.* 9 Brooch. 1. *Ass.* 38. Langlæ. 4. *Semestr.* 7. ubi & alias re aliqua reddita vel tradita, redditum traditumve videri, cuius ea signum & symbolum erat, ostendit per *l.* 1. *C. de don. L.* 2. *C. Quæ res pig. & simil.* Hinc & cautione pignoris reddita, reddive iussa ius Pignoris remissum *L.* 7. *Cod. de remiss pig* Non autem ius crediti, ne quidem ipso pignore reddito *L.* 3. *h. t.* Non tantum quia accessionis sublatio de principali obligatione nihil quidquam mutat, ut A. Fab ad *d. L.* 3. Nicol. Valla *de Reb. Dub. tract.* 1. *n.* 16. Cuiac. ad *d L.* 2. §. 1. Connan. 5. *Comm.* 4. *n* 2. & Menoch. *d. Præs.* 140. *n.* 27 *in fin* qui male hinc differentiæ rationem petunt, quasi chirographo ius ipsum creditoris contineatur, proinde eo reddito abdicatum sit, quod iam convellimus: Sed & potissimum quia redditi pignoris multiplices alii usus; ad utendum, vendendum, alieni pignorandum. Hot. *dd. locis* add, Garcia ad *d. L.* 2. § 1. *n* 3. proinde alia quam donationis coniectura capi potest & debet. Confer. Langlæ. *d. C* 7. Add. Hott. *dd. locis*, quod re contracta obligatio pignoris, re quoque, id est, retraditione solvatur *L.* 35 *de R. I.* Principalis vero obligatio alia re, ex. gr. pecunia credita, contracta, alia etiam re, id est, solutione

autem ei aut [n] ipſius pacto, aut alieno. Ipſius pacto, cum ipſe pactus eſt cum creditore, eove qui creditoris loco fuit, ne a ſe peteretur.

III. Alieno, cum alius cum iſtorum aliquo pactus eſt, ne peteretur a debitore: ſi modo is fuit alius, qui paciſcendo debitori exceptionem acquirere potuerit. Qui poſſint, in eorum numero quatuor ſpecies habentur; qui ſunt in poteſtate debitoris eius, de cuius re agitur, qui in bonorum debitoris adminiſtratione pro domino habentur; teſtator heredi ſuo paciſcens; tum fideiuſſor paciſcens debitori. In poteſtate ſunt, domini ſervus, patris filiusfamilias quibus ſimiles ſunt, in quibus uſusfructus eſt debitoris, quive ab eo bona fide poſſidentur. Per hos iis quorum in poteſtate ſunt, quidvis acquiri poſſe conſtat, quod ius explicatur *tit. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Id & ad exceptionem per [3] hos acquirendam pertinet; de quo ita ſcriptum eſt in

tione vel quæ eius vice diſſolvenda. Unde & crebriore calculo proditum eſt, ubi cautionis redditæ alia cauſſa adferri poteſt, aliave inde debitori utilitas, eum tacito pacto liberatum non haberi, niſi ex verbis reddentis, aliiſve indiciis animus liberalis eiuſdem appareat vid. Langlæ. *d. C.* 7. Menoch. *d. Præſ.* 140 *n.* 19 *&* *n.* 23. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *p.* 2. *n.* 31. Neque infringit illam rationem obiectio Cuiacii, quod certior probatio ſolutæ ſortis ex apocha. Nam reſp. (1) Neque hæc redditio nobis dicitur probatio ſoluti debiti, ſed pacti de non petendo, animo donandi. (2) Maior probatio apochæ ideo, quia eam haberi a creditore ipſa ſcriptura patefit. Hic autem non ſatis eſt chirographum eſſe in manu debitoris, ſed & quod a creditore acceperit probandum, vid. *infra Lib.* 25. *C.* 7. Dubia hic incidunt. (1) Cautione plurium debendi reorum uni reddita, an omnes pacto liberati? Reſp. Solus qui accepit, cum nec pactum expreſſum, alii quam cum quo convenit, ad exceptionem prodeſſe queat. Bachov. *d. C.* 11. Nec dicendum actionem in alios correos huic una ceſſam videri, quia cum hic ſatis operetur redditio liberando debitorem pro ea parte, donationis maioris coniectura non ſumenda facile, niſi coniecturæ firmiores concurrant, vid. Duar. ad *d. L.* 2. Garcia *ad d. §.* 1. *n.* 4. Menoch. *d. Præſ.* 140 *n.* 6. (2) Quid ſi eiuſdem crediti plures Syngraphas detinens unam redhibeat? Poſt alios Menoch. *d. loc. n* 8. hic quoque pactum inducit. Contra Garcia. *d. loc. n.* 7. Duar. ad *d. L.* 2. Bachov. *d. C.* 11. *per L. ult. D. de his quæ in teſt. del.* Putarem de eo ex rerum varietate varie ſtatuendum, ſpectandumve num cauſſæ aliæ redditionis probabiles reddi poſſint nec ne: Veluti ſi debitor exploratam debiti quantitatem non habeat &c. Alterum. Acceptis in futurum uſuris; *L.* 57. *pr. h. t. L.* 2. *§. pen. de doli exc.* Quia alias nullo iure haberentur, cum citra ſortem deberi nequeant. Don. *ad l.* 2. *C. h. t. n.* 12. Ant. Fab. *in d. L.* 57. Simile exemplum, in *L.* 2. *C. hoc tit.* extare putat Donell. *ibid. n.* 5. *ut &* *in L.* 27. *§. pen. hoc tit.* Exemplum aliud apertius in *L.* 36. *h. t.* Plura exempla *infra C.* 6. *n.* 12. Alia fictum & legis diſpoſitione intellectum. Ubi tacitum ſignificat præſumptum & opponitur aperte. Confer. *ſupra Lib.* 4. *Cap.* 16. *N.* 3. Exemplum inſignius *in L.* 4. *pr. h. tit. ſunctis notatis ſupr. d. N.* 3. Ex huc malim referre ſpeciem *L.* 2. *Codic. hoc titul.* Huiuſmodi pactum improprium nuncupat, Sichar. *ad eund. C. hoc tit. n.* 19. cuius exemplum tradit in eo quod L. diſponit ut tacens, quando eius utilitas vertitur, conſentire cenſeatur. Ex de hoc accipio ego in *L.* 2. *pr. hoc tit. verſ. ſed etiam* Vis enim voculæ adverſativæ *ſed* aliam ſpeciem, quam quæ prius verbis illis *vel re* expreſſa eſt, ſubiici arguit. Et facit vocula *intelligitur*, quo fictio iuris & præſumptio notatur. In prioribus autem exemplis, maxime *L.* 57. *pr. h. t.* etſi non verbis teſtata, clara tamen voluntas, fictionis legum nullius indiga. Tacitæ quoque conventionis ſpeciem puto in contractibus mutuæ præſtationis. Ubi ſi, antequam res utrinque interceſſit, unam acceptam fecit alter, perinde habetur ac ſi conveniſſet ut neuter ab altero peteret. *L.* 5. *pr. de reſc. vend. L. ul. D. de accep.* Sed obſt. *L.* 56 *h. t.* A. Fab. *ibid.* Reſ. *in dd. LL.* contractus naturam non pati ut reſoluto contractu ex una parte per acceptilationem, alter obligatus maneat *L.* 51. *§. ult. L.* 50. *de act. emt. L.* 9. *C. de pact. int. empt.* Aliam rationem eſſe pacti *d. L.* 56. quia id non reſolvat contractum, nec diſtrahat, ſed confirmet, cum exceptio præſupponat actionem. Mile. Nam *d. L.* 5. aperte dicit acceptilationem in hac cauſſa, nempe quoad alterum, cui accepto latum nominatim non eſt, non ſua natura, ſed poteſtate conventionis valere. Et refellit iſtud *L.* 27. *§. pen. h. t.* Rectius *d. L.* 56. accipiemus, ubi non hoc agit dominus, ut a toto locationis contractu pro ſua parte abeat, ubi neceſſe foret ab altera quoque abire: ſed, rato manente contractu, præſtationis forte partem aliquam remittit, idque iuſta ex cauſſa, furſan ob ſterilitatem, vel ob merita coloni, aliave ratione inductus. Neque hoc quæritur *d. L.* 56. an nihilominus colonus fundi fructus percipere poſſit, ſed an a domino petere, puta ſi ea lege contractus vel aliunde, præter uſum prædii (eum quippe non petit, ſed habet cum colonus dicatur) quidpiam ei dominus debeat. Aliter Forn. 3. *Sel.* 5. add. P.-c. 2. *Enant.* 10. Elegans denique pacti taciti ſpecies in *L.* 40 *§. ult.* Ubi non modo ſine verbis, ſed & contra verba pactio inducitur. Hot. ad *L.* 2. *h. t.* vid. A. Fab. 7. *Coniect.* 15. *& in ration. ad d. §. ult.* Qui perperam expungit voculam *alios* quia caſus ſit *d. §. ult.* ubi plane nullus antea filius. Nam etſi non filii ante, tamen filia fuiſſe proponitur. Maſculinum autem uſitate fœmininum complectitur. Non item exemplum in *L.* 4 *§.* 1. *h. t.* ceu Cuiac. & A. Fab. *ibid.* Quia ſummo ipſo iure ibi evaneſcit ſtipulatio, non propter pactum tacitum, ſed propter conditionem, quæ natura ei ſtipulationi ineſt, deficientem Hot. in *d. L.* 4.

2) Etſi pupillus ſit *L. contra* 28. *h. tit.* Nam licet pactum conſenſum requirat, tamen non credendum eſt animum & conſilium paciſcendi ei defuiſſe, qui ſibi bene proſpexit. A. Fab. *ibid.* et heres quoque ante aditam hereditatem *L.* 7. *§* 17. *h. tit.* etſi tunc nondum debitor ſit. Ut exonerata hereditas facilius inveniat heredem. Nec intereſt in extraneo pure, an ſub conditione inſtitutus ſit. Tametſi in ſuo & neceſſario, filio ac ſervo, interſit *d. L.* 7. *§.* 18. ubi vid. Hot. & A. Fab. Notandum quoque non aliter hac exceptione iuvari debitorem, quam ſi & ipſe leges pacti ex parte ſua impleverit, aut implere paratus ſit. Quo pertinet *L.* 36. *h. t. L.* 21. *in fin. C. h. t. L.* 28. *C. de tranſact.* ubi inde doli replicatio.

3) Etſi enim quæ facti ſunt in perſona ſervi conſiſtunt, nec ad dominum tranſeunt, exceptio tamen pacti iuris eſt prætorii, cuius non magis capaces ſervi quam civilis *L.* 7. *ad L. Corn. de falſ.* A. Fab. *ad d. §. ult. & LL. ſeqq.* Servus quoque hereditarius ante aditionem, ſimpliciter vel in rem paciſcens, acquirit heredi futuro *L.* 27. *§. ult. h.* Prius enim hereditati iacenti acquiritur, poſtea per eam heredi facto. Idem ſi heredi futuro, nomine appellativo *L.* 28. *§. ult. de ſtip. ſer.* Secus ſi nominatim; Titio videlicet heredi ſcripto, non ut heredi, ſed ut Titio *d. L.* 27. *§. ult. h. t.* ubi Cuiac. & A. Fab. Fructuarii quoque ſervi pactum prodeſt *L.* 55. *h. t.* Nam & ex operis ſuis & ex re uſufructuarii hæc acquiſitio eſt, cum nec hic quidquam proprietario ex rei natura acquiri poſſit, qui non obligatus liberari nequit A. Fab. *ibid.* Confer *ſupra Lib.* 9. *C.* 6. *n.* 28. Plane ſi ne a ſe peteretur pactus fuerit, nihil valet pactum *L.* 21. *§.* 1. *h. t.* In quo alia cauſſa ſtipulationis *L.* 1. *& toto t. D. de ſtip. ſerv.* Nam ſtipulatio dandi poteſt impleri in perſona ſervi. Pactum de non petendo nequit. Peti enim dicitur quod iudicio petitur *L.* 15. *Rem. rat. hab.* Cum ſervo autem nulla actio *L.* 107. *de R. I.* Hot. & Ant. Fab. ad *d. L.* 21. Exceptio tamen doli ſupereſt domino. *d. §.* 1. quouſque ſervus vixerit. Cuiac. ad *L.* 17. *§. ult. hoc tit.* Hæc enim ſubſidiaria exceptionis pacti data quoque aliis caſibus ubi pactum rigore iuris non valet. Nec probanda audacia A. Fabri totum verſ. *ac ſi in rem d. §.* 1. ceu ineptam Triboniano adiectionem damnantis. Quia, immo ita pepigiſſe videtur ſervus, eaque mente promiſiſſe creditor, ne a domino peteret, cum in ſervo ſibi actionem non eſſe ſciret. Non itaque abeſt a dolo, ſi verbis pactionis captando contra promiſſum venire velit. Cunnan. 5. *Comm.* 4. *n.* 6. Nam & ita pactum filiifamilias ne a ſe ſolo petatur & ita perſonale, prodeſt patri cuique heredi, ſi ex perſona filii conveniatur *L.* 19. *§.* 5. *L.* 20. *L.* 21. *pr. h. t.* ſed

in *L. si tibi*, §. *ult.* & *LL.* 2. seqq. de pact. *filius servusve si paciscantur, ne a patre dominove petatur, sive de eo paciscantur, quod cum ipsis, sive de eo quod cum patre dominove contractum est, acquirent exceptionem. Idem est & in his, qui bona fide serviunt.*

IV. In bonorum alienorum administratione pro dominis habentur; domini quidem voluntate procurator, actor municipum, magister societatis: iure autem tutor, curator. Horum omnium pactum placet debitori ad exceptionem prodesse; ut sive procurator domino, actor municipibus, magister iis ad quos societas pertinet, tutor pupillo, curator adolescenti, furioso, prodigo paciscantur, ne ab his quorum res est, petatur, his acquirant exceptionem; ut de singulis ordine traditur his locis. *L. rescriptum.* 10. §. *ult.* & *LL.* 5. seqq. *L. contra.* §. 1. *D. de pact.* Non tamen ut his acquirant exceptionem pacti, sed doli mali: dum debitor hoc dicet: dolo facis, creditor, qui petas contra quam pactus es mea caussa cum iis, qui in rerum mearum administratione pro me ipso haberi debuerunt. Hoc de procuratoris pacto domino paciscentis traditum a veteribus & confirmatum in *L. rescriptum.* §. *ult. de pact.* pertinere intelligendum est ad cæteros omnes rerum alienarum administratores. Superius enim illud certum est responsum esse a veteribus, dum cavent, ne offendatur regula iuris, quæ per extraneam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, vetat quidquam acquiri. *L.* 1. *C. per quas person.* §. *ex his*, *Inst. eod.* Hoc ergo illi secuti etiam in hac specie acquisitionis admiserunt: sed ita, ut secundum verba negent acquiri exceptionem pacti; cæterum ex sententia iuris admittant doli exceptionem; quod plane nihil aliud est, quam dicere, non competere quidem hic exceptionem pacti directam ex verbis, sed competere utilem ex sententia. Nam profecto debitor, qui hic obiiciet doli exceptionem, etsi recta & primo id facit: tamen ad summam eo relabatur necesse est, ut dicat creditorem ideo dolo facere, quod contra fidem pacti faciat. In quo perspicuum est debitorem vi ipsa & origine se pacto tueri. Effectu igitur hæc pacti exceptio est [4] utilis: etsi verbis doli exceptionis tegitur. Neque vero hanc exceptionis acquisitionem superioris regulæ sententia repudiat. Nam qui in rerum administratione pro domino habentur, quales sunt superiores, proprie extranei dicendi non sunt: regula autem solum extraneos removet. Et certe eo minus in hac re pro extraneis habendi sunt, quod eorum quodammodo interest pactione pro reo interposita pactionem valere, atque hinc exceptionem domino acquiri. Cura enim quam pro officio alienis negotiis debent, facit, ut si quod non recte curarint, quod curatum oportuerit, eo nomine teneantur. *L. in re C. mand. L.* 1. *D. de tut. & rat. dist.* Huc accedit, quod iidem isti cum paciscuntur debitori, de re debitoris id faciunt. Non tantum autem tutores, curatoresve, sed etiam procuratorem ex re domini quid acquirentem adeo placuit in eo pro domino esse, ut quanvis stipuletur quid; si tamen ex re domini mandato non refragante stipuletur, placeat etiam cum invito procuratore id petere posse. *L. quod procurator*, *D. de proc.* Adde iam, quod hic non de actione dominis per istos acquirenda agitur, sed de exceptione. Hæc vero eiusmodi res est, quæ ut est favorabilior propter reos, quibus tribuitur; ita benignius accipienda sit: usque adeo, ut quanvis per istos actio dominis acquiri non posset; tamen nihil prohiberet per eos exceptionem acquiri; favorabiliores enim rei, quam actores habentur. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.* Unde dictum, quacumque ratione procurator tuus a me liberatus est, id tibi prodesse debere. *L. quacumque*, *D. de proc.*

V. Quod ad testatorem attinet, receptum est ita quemque pacisci posse, ne a Titio herede suo futuro petatur: ut quanvis ipse qui pactus est, neque de se quidquam pactus sit, neque de heredibus cæteris, possitque peti ab ipsis omnibus, nihilo tamen minus pactio valeat, prositque Titio

3. sed quousque vivit filius *d. L.* 21. *pr.* Quia cum in eius personam conceptum sit, eum persona extinguitur, nec in persona alterius post obitum eius durare potest, ne quis per alium plus habeat, quam is ipse *L.* 63. §. 7. *ad Treb.* A. Fab. ad *d. L.* 21. *pr.* Et nihil iam ad filium amplius illæ actiones pertinent, cuius bona pater iure potestatis non hereditatis habet. Connan. *d. C.* 4. *n.* 5. add. Pac. 1. *Enant.* 94.

4) Immo nulla pacti exceptio utilis. Nec distinctio directæ & utilis exceptionis inducenda. Utilis enim actio dicitur quæ ex æquitate. Exceptiones autem omnes ex æquitate. Et doli exceptio subsidiaria est, non solum exceptionis pacti, sed & aliarum. Doli exceptio datur, quia venit contra factum suum actor. Non autem pacti, quia non pepigit ipse reus, sed pactum inter alios initum, ita A. Fab. ad *d. L.* 10. §. *ult. h. t.* Recte. Nam si ad exemplum utilis actionis exceptio utilis dicitur, ita dicetur, vel quia præter verba edicti ex sententia eiusdem datur: Ast immo exceptio doli non minus a Prætore proposita est, *L.* 1. *pr. &* §. 1. *de doli exc.* vel quod præter verba conventionis ex mente tacita paciscentium. Ast immo hic verbis expressis mens testata, maxime si Procurator convenit ne a domino peteretur. Aliquot etiam differentias non leves huius doli exceptionis ac exceptionis pacti recenset Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo C.* 2. *n.* 50.

Titio heredi pacti exceptio, ne ab eo petatur. Et generaliter definitum, heredi consuli concessum esse; nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit, cæteris autem non consuli: hoc Celsus in *L. avus*, *D. de pact.* de cuius loci sententia disserui pluribus ad *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *nu.* 47. *D. de verb. oblig.* Fideiussoris quoque pactionem placet principali reo prodesse, si paciscatur, ne a reo neve a se petatur: non ut directa exceptio pacti conventi acquiratur reo, propter eam caussam, quam in procuratore supra reddidi: sed ut ei prosit [5] doli exceptio, ex pacto fideiussoris nata, idest, ut dixi, pacti exceptio utilis: hoc sic explicatur in *L. idem*, *§.* 1. & *L.* seq. *D. de pact.* cum prius videretur negari in *L. fideiussoris*, in pr. *eod.* Nec mirum fideiussoris pacto id tribui. Cum enim fideiussor paciscitur reo, prope est, ut paciscatur sibi; cum si a reo non petitur, proinde sit ac si non peteretur a fideiussore, quia reo liberato liberantur & accessiones. Generaliter autem probatum est, in rem pacta omnibus prodesse, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, [6] interfuit, *L.* & *heredi*, *§. ult. de pact.*

VI. Extra has personas si quis paciscatur, ne a reo petatur, non minus inutilis pactio est, quam inutilis stipulatio, si quis stipuletur alteri, ut ei acquiratur actio; usque adeo, ut nec patris pactio, ne a filio petatur, quidquam prosit filio in eo, in quo [7] pater non tenetur. *L. si tibi*, *§. si qui paciscatur*, *D. de pact.* aliter, atque si pater [8] ex filii contractu obligatus paciscatur, ne a se neve a filio petatur: quo casu exemplo fideiussoris reo paciscentis, placet hic quoque pacti quidem huius exceptionem filio dandam non esse; sed doli prodesse. *L.* & *heredi*, *§.* 1. in fin. *D. eod.* Sed nec si extraneus, cui quis pactus est, heres postea paciscenti exstiterit, eo magis [9] confirmabitur pactio

5) Idemque in confideiussoribus *L.* 26. *h. t.* Etsi enim simplex pactio, etiam in rem concepta reo ac confideiussoribus non prosit *L.* 23. *h. t.* ubi ratio, contra quam in iureiurando & acceptilatione ius est *supra Lib.* 16. *Cap. ult.* *n.* 7. & *ex dictis N.* 2. *ad Comment. in Tit. Digestor. de iureiur. Cap.* 7. *n.* 6. Secus tamen si in rem suam fideiussit *L.* 24. *h.* id est, si non tam pro alio quam pro se intervenit. Quia tunc interest paciscentis, ut & reo prosit. Cum si is solvere cogatur adversus se regressum habiturus sit; Attentoque eo magis quod actum, quam quod dictum est, ipse reus potios pro fideiussore, & vicissim, habendus sit. A. Fab. *ad d. L.* 24. Secus item si hoc actum ne a reo quoque vel confideiussoribus petatur *d. L.* 26. id est, ut interpretor, non modo si nominatim ita convenit, ut noster hic & Cuiac. *ad L.* 23. *h. t.* Sed & si ex rerum factique qualitatibus evidenter ita sensisse paciscentes appareat arg. *L.* 7. *§.* 8. *in fin. h. t.* Nam etsi tunc quoque pactum alterius caussa factum, quoad illum, iure non subsistat, doli tamen exceptio datur propter vicinitatem obligationum. Cui. *ad L.* 23. *h. t.* Quippe est quædam obligationis societas ac communio inter istos. Ut sint quasi correi debendi, & alter alterius quasi procurator. Unde quod efficit in Procuratore mandatum, hoc eiusdem debiti communio in fideiussore, scite Conna. 3. *Comm.* 4 *n.* 7. Aliud si non eiusdem debiti confideiussores, sed quisque diversarum partium. Ubi paciscens ita fideiussor, nec reum liberat, nisi pro ea parte in quam fideiussit, nec confideiussorem, quia divisa est utriusque obligatio. Conna *d. loc.* add. Hering. *de fideiuss. C.* 27. *p.* 5. *n.* 5. *ac* 6. & *n.* 0. Facessant itaque argutiæ novatoris Ant. Fab. *ad d. L.* 26. nimis licenter totum *§. ult. L.* 25. & *L.* 26. ceu inconcinnum Triboniani emblema reprobantis. Cuius obiectis satis ex his occurri potest, telis in auctorem retortis. Mirus vero novæ latinitatis auctor est ille contendendo horum verborum: *si hoc actum, ne a reo quoque petatur*, vi id effici quod actum sit ut a fideiussore petatur, a reo autem non petatur, proinde ineptam esse Triboniani locutionem sententiæ eiusdem adversam. Quæ non refellenda.

6) Ubi nisi ad alium pacti commodum transiret, nec ipsi, qui pactus fuisset, prodesset. A. Fab *ad d. §. ult.* Dataque exceptione non tam illi consulitur, cui datur, quam qui pepigit. Cuiac *ibid.* Quo referenda & species *L.* 96. *pr.* & *§.* 1. *h. t.*

7) Et ita pater paciscens ne a filio petatur, nec filio nec sibi exceptionem quærit, quia pacta spectantur naturaliter & ideo sunt plures personæ. Aliud est in stipulatione, quæ spectatur civiliter, ubi omnes qui in eiusdem potestate pro una persona in Hot. *ad L.* 21. *§.* 2. *hoc tit.* add. Cuiac. *ibid.* & A. Fab. *ad d. §.* 4. Cuiac. *in d. §.* 4. hic tamen filio doli exceptionem dari vult per *L.* 21. *§.* 2. *in fin. hoc tit.* & Duar. *ad h. t. D. C.* 3. Quod reprobat A. Fab. *in d. §.* 4 quia ibidem non prodesse dicitur. Et *idem* 33. *Err. Prag.* 9. *ut N. seq.* Plane Pac. 1. *enant.* 92. accipit *d. §.* 4. de filia emancipata & *d. L.* 21. *§.* 2. de filio qui in potestate patris, atque ita has LL. conciliat.

8) Et hic ubi cum filio una pater obligatus, si paciscatur pater ne a filio petatur, actione adversus patrem instituta nulla exceptio *d. §.* 2. Quia cum filio non prosit pactum, in cuius personam relatum est, minus patri. Conna. 5. *Comm* 4. *n* 5. Maleque Cuiac. *in d. §.* 2. hic & patri & filio exceptionem doli accommodat, quod recte A. Fab. reprobat. Sin pater pactus ne a se neve a filio petatur, pacti quidem exceptio patri datur, quia quoad eius personam pactum omnino utile, cum sibi pepigerit: filiofamilias autem non datur, cum ei per patrem acquiri non potuerit, sed doli exceptio eidem prodest *d. §.* 2. *in fin.* Nempe alias iniquum quid continget, ut pater, qui pacto tutus directo peti non posset, oblique & per filium petatur. Nam bona filii patris sunt, sine cuius damno is solvere non potest. Propterea datur exceptio doli, quod dolose faciat creditor qui, quod pactus est non petere a patre, per filium ab eo extorquere vult. Con. 5 *Comm.* 4. *n.* 5. *in fin.* Ex quibus facile convellitur audacia A. Fabri *ad d. §.* 2. & 33. *Err. Prag.* 9. verba *d §.* 2 extrema: *sed doli prosit*, vel ceu a Triboniano temere adsuta, resecanda, vel pro *doli* reponendum *soli*: ut idem reddatur sensus, censentis ; t) quia in *L.* 17 *§.* 4. *h. t.* negatur pactum prodesse filiæ. Prodesset autem item omnino. Quia si effectum rei ac potestatem exceptionis intuearis, pacti an doli exceptio detur, parum refert. Resp. Sed alia species *d. §.* 4. *ut N praced.* (2). Non potest, ait Faber, videri dolo facere, qui cum patre pactus de non petendo, nec ab illo nec a filio, sed inutiliter quoad personam filii, postea a filio petit, sive vivo patre sive mortuo, & sive is heres factus patri sive non. Neque enim venit contra pactum ea parte qua conceptum est in personam patris, quia personale est, neque qua in personam filii, quia illi inutile, cum & Prætor velit pactum inter alios aliis non prodesse. Quibus ut occurrendum sit ex iis, quæ ex Connano, satis liquet. Immo & pactum patris indefinitum ne petatur, ubi obligatio communis, filio ad exceptionem prodesse dicendum est per reg. *L.* 21. *§. ult. hoc t.* quod male negat Faber *in d. §.* 2.

9) Male Cuiacius ibid tentari posse quod & huic exceptio doli detur. Nam *d. §.* 4. plane prodesse negat A. Fab. *ib.* Ubi & differentiæ rationem cur stipulatus filio post mortem suam ei actionem acquirat, etsi heres non fiat, pactus autem exceptionem non item, etsi heres fiat, investigat.

ctio, quæ ab initio non valuit. *d. L. si tibi, §. si quis paciscatur, de pact.* Quod ita accipiendum est, nisi quis extraneo tanquam heredi nominatim pactus sit, aut pactus sit in ea caussa, in qua is cui paciscebatur, teneri non potuit, nisi heres factus. *L. avus, D. de pact.* Atque hæc ideo, quia scilicet per eos, quorum nihil interest, alteri extraneo acquiri nihil potest, refragante superiore regula iuris.

VII. Exceptio pacti debitori ad eum modum quam diximus, principaliter quæsita, deinceps per consequentiam ad eos transit, ad quos transire ante diximus in iis, quæ communia omnium exceptionum posuimus. Itaque etiam ad heredes pertinebit: nisi tamen actum sit, ne pactum ad eos pertineret: dum scilicet [10] nominatim id agitur, ne a debitore solo petatur, non etiam ab eius heredibus. Dum enim personale pactum est, in quo id accidit, quod in omni iure defuncti personali, ut ne pertineat ad heredem. *L. idem, §. 1. de pact. L. quia, D. sol. mat.* Sed nominatim hoc agi oportet, ne a debitore solo petatur. Quod si [11] simpliciter pactus erit creditor, ne a Titio peteret nulla

10) Quo pertinet solemnis illa pactorum divisio in *L. 27. §. 8. h. tit.* qua alia in rem sunt, alia in personam. Qua de Cuiac. 18 *Observ.* v. 2. Hot. 1. *Amicab* 29. Charond. 2. *verisim.* 8. Conna. 5. *Com.* 4 *n.* 4. *&* 5. Duar. *h. t. D. C. 6. n.* 10. *& ad L. 7. §. 8. h. t.* Bronch. 1. *Misc.* 13. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 37. *P.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Forst. *de pact.* C. 4. *Memb* 3 Reiner. Bachov. *misc. Disp. C.* 11. *&c.* In rem quæ generaliter concepta vel facta potius *d. L. 7. §. 8.* quæ & generalia *L. 40. pr. h. t.* quia rem sequuntur, proinde ad successores transeunt nec personis paciscentium coarctantur. Cuiac. *d. Cap.* 2. Charond. *d. C.* 8. Moller. *ad d. Const.* 37 *n.* 6. In personam, & quæ Personalia *L. 21. pr. L. 25. §. 1. hoc tit.* cum hoc agitur ne a certa persona petatur *d. §. 8.* cum paciscens sibi soli prospectum & consultum vult. Cuiac. *d. C.* 2. dicta quod personam comitentur, nec eam egrediantur. (Confer Rittershus. *Com. ad Salvian. Lib. 6 de gubernat. Dei initio.*) Accedit tertia species pactorum mistorum, quæ ex altera parte in personam, ea altera in rem concepta *L. 57. §. 1. h tit.* Hot. 1. *amicab.* 29. Forst. *d. membr.* 3. Cum hoc agitur ne ego solus petam. Ubi ipse quidem nec a te nec ab herede, aut fideiussore tuo petere possum. Heres vero meus ab omnibus potest. Tametsi hæc pacta mista sub pactis in personam contineri velit Bachov. *d. C.* 11. eo quod hæc distinctio a debitore petita.

11) Recte. Nec continuo pactum personale, cui persona inserta, enim plerumque demonstret potius quis pepigerit, non vero pictum coarctet *d. L. 7. §. 8.* Et ut ibidem non minus hoc omne ex verbis quam ea mente convenientium æstimandum. Ubi notanda hysterologia, seu transpositio verborum, ICtis non insolens *L. 3. §. 5. de bon. poss. cont tab. & simil.* Nec pro *non minus*, reponere, *non magis*, necesse est ut *Gl. in d. §. 8. probante* Moll. *ad Nov. Elect Sax.* 37. *P.* 2. *n.* 9. Hot. & Anton. Fab in *d. §. 8.* Quare quod vulgo tradunt Pactum personale inillum non facile censeri, ac in dubio reale præsumi per *d. L. 9. de probat. L. 8. §. 16. Quib. mod. pig. sol. L. 13. Codic. de cont. stip.* Paul. Anton. Delbene *singul.* 15. Duar. *ad d. L. 7. §. 8.* Tiraq. *de retr. conveat. §. 1. Gl. 6. n.* 20. Gœd *de contr, stip. Cap. 9. n.* 164. Forst. *de pact. C. 4. membr.* 3. non tantum obtinet, cum incertum est quibus verbis usi sint paciscentes & an personam designarint. Duar. *d. loc.* sed & ubi persona inserta pacto per *d. §. 8. v. plerumque.* Quod male negat Ant. Fab. *ibid* temere & absurde scribens vocula *plerumque* notari regulam in contrarium. Cum imo eandem voculam, uti frequentiam & maiorem partem, ita regulam arguere usu Latinitatis nostrorumque auctorum notissimum sit vid. Tiraq. *de retr. lignag. §. 1. Gl. 9. n.* 224. etsi quandoque significet *interdum*, ut ex Connan. *notavi supra Lib. 4. Cap. 13. N.* 3 sed rarius. Proinde regula erit: Persona pacto nominata designandi debitoris, non restringendi picti caussa censetur. *d. L.*.. *& L. 8 pen. de pig. act. L. 5. pr. Quib. mod. pig. sol.* Unde in *d. L. 7. §. 8.* non dicitur conceptum sed factum in personam. Hinc tale pactum: Profiteor te non teneri, etsi per voculam te in personam dirigi videatur, generale tamen est & in rem *L. 40. pr. h. t.* Idque vigore dictæ regulæ. Nec aliud iuris si ita: Profiteor me a te non petiturum, modo non vox taxativa adiecta *a te duntaxat* ut *L. 22 h. t.* aut expresse una convenerit, ut ab herede vel fideiussore peti liceat *L. 17. § 3 d. L. 22. h. t.* aliundeve quam ex his solis verbis *a te* appareat hoc actum ne a debitore solo petatur arg. *d. L. 9. de prob. L.* 8. §. 16. *Quib. mod. pig.* Male itaque Cuiac. 18. *Observ.* 2 Briss *Lib. 3. de solut p.* 442. A Fab. *ad d. L. 40. pr. &* Bronch 1. *Misc.* 13 his verbis, *me a te non petiturum*, pactum in personam dirigi sentiunt. Atque inter ea verba, & illa *te non non teneri*, hoc interesse scribit Faber, quod *teneri* vel *non teneri* iuris sit, nec morte paciscentis, nec ea persona heredis immutetur: *Non petere* autem facti. Facta vero pro personarum varietate varia. Nec quod heres meus a te petit, me petere verum est. Et Briss. *d. loc.* Verba, ait, *non teneri* de tota obligationis substantia loquuntur, quam non subesse testantur. Ergo quia obligatio nulla, nihil est quod ab heredibus petatur. Ista autem *non peti* tantum petendi facultatem præcidunt, obligatione manente. Sicuti & Cuiac. *d. C.* 2. illis verbis abrogari ipsam obligationem, his non ita. Quem notat Hot. 1. *amicab.* 29. quia pactum non est legitimus distrahendæ obligationis modus, nec ipso iure liberat, sed exceptionem tribuit. Quare cum non efficiant illa verba ne amplius ipso iure teneatur, nulla alia eorum vis, nisi ut iudicio efficaciter debitum peti non possit. Sed nec ea vi verbi *Profiteor* decisio *d. L.* 40. pendet, ut idem Cuiac. *d. C.* 2. Nam etsi alias plus sit, *profiteri*, ubi quia sponte & ultro quid agnoscit, Cicer. *pro Cæcinna*, quam *confiteri*, ubi ab altero provocatus. In præsenti tamen non refert, sive dicat. Profiteor sive confiteor, fateor, assero, dico, testificor, &c. Hot. *d. loc.* Quapropter Pactum *ne a se petatur* ea his verbis solis personale non est, (nisi & hoc actum sit, quomodo exaudiendæ *L. 19. §. 1.* iunct. *L. 21. pr. h. t.* item *L. 57. §. 1. h. t.*) sed reale. Quod ipsum non solum heredi prodest *L. 17. §. 3. h. t.* Ubi verba: *sed ut ab herede petatur*, non sunt supervacua, ad maiorem solum expressionem ac testificationem iuris, quod creditori servatur, adiecta, ut Hot. *ibid.* Nedum ut spuria expungenda ceu A. Fab. *ibid. &* 33. *Err. Prag.* 9. quasi dubitatio ita ridicula fiat: Sed imo absque illis diversa decisio foret per dicta & arg. *L. 8. § pen. de pig. act.* Caussa autem dubitandi in eo, an ita conveniri possit, ne pictum prosit HEREDI, qui quasi alter idem. Videri enim poterat, nec posse acquiri exceptionem alicui, ut personæ ita cohæreat, ne ad heredem universi iuris successorem perveniat: ET SUCCESSORI IN REM *L. 17. §. 5. hoc titul.* Quomodo in simili, ast converso casu Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 37. *p.* 2. *n.* 3 *& seqq* lege venditioni dicta ne emptor fenestram aperiat pactum generale esse, ac rem afficere, ut nec successor emptoris contra venire queat, contendit. Verum & FIDEIUSSORI *L. 22 h. t.* Ubi itidem verba *a fideiussore petatur*, temere resecat A. Fab. *ibid.* Etsi enim hic idem ius absque illis ob vim voculæ *dumtaxat* præcedentis, nil tamen vetat quid clarius exprimi, nec quæ abundant, nocent aut vitiant. Neque hic nulla dubitatio vel adiecta hisce verbis. Contra enim inde videri poterat, quod liberato principali reo, etiam per exceptionem necesse sit accessiones etiam liberari *supra Lib. 16. C. ult. n.* 3. Cui dubio occurritur *eod. C. ult. n.* 4. Verum autem pactum personale in personam non conceptum modo, sed factum *L. 7. §. 8. h. t* ad alium non pertinet: NEC AD HEREDEM *L. 25. § 1. h* Non obst. *L. 8. §. pen. de pig. act.* Nam nec ibi pactum personale est per ante dicta. Noli dicere eum Hot. 1. *Amicab.* 19. singularem ibi opinionem Pomponii haberi. Aut cum Briss. *Lib. 3 de solut. p.* 441. quod decisio *d. §* inde sit, quod obligationis, inquam heres succedit, iure pignus in eam caussam datum distrahi possit, modo non convenerit,

nulla mentione heredum facta, nec his nominatim exclusis, pactum sic acceptum est, ut sub persona defuncti simul sensum intelligatur de heredibus, quos pactio aperte non exclusit: quae sententia *L. si pactum*, *D. de probat.* Dabitur similiter deinceps eadem exceptio & fideiussoribus: eadem tamen conditione, qua supra, nisi personale pactum sit, dum ita cavetur ut ne a debitore solo petatur. *d. L. idem*, §. 1. *de pact.* Neque aliud probatur in *L. 7. D. de exc.* cum dicitur generaliter, peremptorias exceptiones, fideiussoribus quoque dari. Adiicitur enim id ita esse, quatenus caussae cohaerent, non personae. Fit autem in pacto personae exceptio, cum pactum nominatim ad solam personam debitoris confertur. Sed etsi pactum in rem sit, ut scilicet non petatur; placet tamen non prodesse exceptionem fideiussori, si donandi animo fideiusserit: quasi quod placuit alias fideiussori exceptionem dandam, ut *L. 7. D. de exc.* propter rei personam placuerit, ne is fideiussore convento postea fideiussori mandati iudicio teneretur. Quod periculum non metiatur in eo fideiussore, qui donandi animo fideiussit: hoc Paulus in *L. quod dictum*, *D. de pact.*

VIII. Ut debitori principaliter pacti exceptio: sic principaliter adversus creditorem, de quo pactum interpositum est, ne peteret: si modo interpositum sit ab eo, per quem exceptio adversus creditorem constitui potuit. Constituitur haec adversus creditorem similiter ut supra, partim creditoris pacto, partim alieno.

IX. Creditoris, cum ipse pactus est, ne peteret: dummodo is sit, qui [12] rerum suarum alienationem habuit. Nam pupilli, furiosi, prodigi frustra ita paciscantur: ut quibus interdictum sit rerum suarum alienatione. *L. contra*, *D. de pact.* Minores quoque idem si paciscantur & remittant de suo, in integrum restitutionem paratam habent. *L. non omnia*, *D. de min.*

X. Pacto alieno idem fit, si ne creditor peteret, pacti sint iidem illi, quos paciscendo debitori exceptionem quaerere posse diximus: nempe qui sunt in potestate creditoris, item qui in rerum eius administratione pro dominis habentur; postremo decessor paciscens, ne heres eius petat

sit, ut ne liceat *L. 4. de pig. act. L. 1. C. de pact. pig.* Nam aperte *d. § pr.* de vigore ac interpretatione pacti de vendendo pignore agit. Et quis unquam dubitaret pacto maxime personali cum decessore inito, heredi ius, quod citra illud habiturus foret, non adimi. NEC AD SUCCESSOREM SINGULAREM emptorem, donatarium per *d. L. 15. § 1. v. ad alium* & arg. *L. 42. de admin. tut.* Difficilius enim ad eum quid transit quam ad heredem. Obi. *L. 17. §. 5. h. tit* Resp Cuiac 18. *Obs.* 2. aliam fuisse Sabini sententiam, & Hot. 1. *Amic.* 29. novo exemplo & novo more ita disputasse Sabinum ac A. Fabr. *in d. §. 5.* referri ibi a Paulo Sabini sententiam, non probari, sed contrariam plurium & Pomponii ut in praecedentibus verbis. Idem Cuiac *ad d. §. 5* emptori & donatario prodesse quandiu vivit qui pepigit arg. *L. 21. pr. h. t. L. 8. § ult. de peric. & Com. rei vend.* ac Duar. *h. t. C. 6. n. 10.* Sed alia ratio est *d. L. 21. pr.* ubi pater ex persona filii convenitur: vid. *huius Cap. N.* 3. Non item emptor ex persona venditoris. Et alias quoque fideiussori, saltem ad vitam principalis rei, indulgenda esset exceptio. Denique *d L. 25. §. 1.* indistincte loquitur *non pertinet*. Probabilior itaque prior A. Fabri solutio. Neque hoc modo antinomiam relinqui dicendum videtur; cum Pomponii & plurium sententiae, uno contextu & serie, adversa Sabini opinio subiiciatur. Sane alias, & plerumque sententia posterius relata probata videtur. Sed in dubio. Hic autem *d. §. 5* aliud apparere dici potest ex verbis: *hoc iure nos uti*, *&c.* Forsan tamen haud paulo aptius & nove dicemus Sabinum exaudiendum non de vere personali pacto in personam facto, sed in personam concepto, id est, ubi persona pacto inserta demonstrandi caussa, non restringendi. Quomodo Sabini sententia praecedenti Pomponii non derogat, sed eandem declarat, protrahit ac extendit. Sensus: Non tantum emptori prodest, si in rem verbis concepta pactio, quod tamen tutius est, & praecidendo dubio expedit, ideoque suadetur in *L. 8. §. pen. de pig. act.* Sed & si in personam conceptum est, verbis scilicet; si mens conveniuntium fuit generaliter pacisci *L. 7. § 8. h. t.* & in emptorem valet *d. § 5.* Ubi obiter nota antiptosin ICtis nostris perfamiliarem ceu pluribus exemplis ostendit vel. Guil. Forst. 1. *Obs. succes.* 2. NEC AD FIDEIUSSOREM *L. 22. h. tit.* ut nec mandatorem aliumve principali obligationi accedentem per *L. 25. §. 1. h t. v. ad alium*. Tametsi quoad mandatorem contra statuant Cuiac. ad *L.* 22. §. *ult. h. t.* Pac. 1. *Enant.* 95. & A. Fab. ad *d. L.* 22. Quia, aiunt, huic actionem praestare debet creditor contra debitorem *L. 95. §. 10 de solut.* sine qua cessione quod solvit recipere non posset, cum propriam actionem contra eum pro quo mandavit non habeat. Efficax autem non est quae pacti exceptione eliditur. Ergo cui actio cedi nequit, is nec cum effectu a creditore conveniri. Alia caussa fideiussoris, qui cum ipse reum principalem, sibi iam ante obligatum habeat, actione mandati vel negociorum gestorum, cessio ipsi necessario non fit, etsi fieri possit. Ast immo nulla diversitas. Utrumque enim controverti potest: (1) an citra cessionem nulla plane mandatori actio, anne negociorum gestorum 2) an non & fideiussori actio necessario cedenda, ut pluribus iuris remediis suppetentibus expeditius suum consequatur, habeatque quod eligat. Deinde non est quod impediat hic cessionem fieri. Nam sicuti pactum personale, ita & exceptio ex eo personalem effectum habet Proinde actio inutilis in persona creditoris, efficax in persona fideiussoris, mandatorisve cui cessa est, argute Reiner. Bachov. *Disp. Misc. C.* 11. *in fin.* Plane iure novo propter ordinis, seu excussionis beneficium pactum quoque mere personale fideiussori prodesse vulgo notant Bach *d. C.* 11. A. Fab. ad *d L.* 22. Alias exceptio iure prodita facto debitoris paciscentis adimeretur. Sed hoc per consequentias & occasione magis quam iure arg. *L. 2. de rivis* potestate constitutionis Iustin. *Nov. 4. C.* 1. potius quam vi pacti A. Fab *ibid.* Quare si debitoris nomine per se, ex inopia eius, inane, fideiussorem tamen conveniri posse, nec iuvari huiusmodi personali pacto principalis, rationis esse puto. Plane pactum maioris partis creditorum de remittenda debiti parte etsi heredi prosit, fideiussori non item, *de quo infra in N.* 20.

12) Et filiifamilias quoque pactum ne agat valet, quatenus ipsi actio est *L. 30 pr. h. t.* Quin & de legato sub conditione pacisci is potest *L. 21. §. pen. h. tit.* Etsi enim nondum delata repudiari nequeant *L. 45. §. 1. de L.* 1. pacisci tamen de iis licet *L. 46. hoc tit.* A. Fab *in d. §. pen.* & citati *supra Lib.* 8. C. 18 *N* 5. Repudiatio enim in praesens tempus remittit: Pactum autem etiam potest in futurum. Don. *ad L. 1. C. h. t. n.* 7. Sicuti & filiafamilias de dote recte paciscitur cum sui iuris esse coeperit *d. L. 21. §. 3.* pacto in id tempus collato, quo actio dotis, antea patri communis, propria futura, vid. Cuiac. & A. Fab. *ibid.*

petat. Sed hi longe dissimili potestate, atque supra. Illic enim id agebatur, ut debitori acquirerent exceptionem: nunc id agitur, ut paciscendo creditori actionem adimant. Inter quæ multum interest: quinimmo naturali & civili ratione ita comparatum est, ut alienam conditionem meliorem quidem facere liceat etiam ignorantis & inviti, deteriorem non liceat. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Quatenus igitur hi creditori eidemque domino paciscendo nocere possunt, & pacti exceptionem adversus eum constituere? In prioribus quidem generibus duobus non latius, quam quatenus voluntas creditoris illis concedit pro potestate illis privatim tributa; aut in munere publico, quatenus patitur ratio rectæ administrationis. In testatore autem libera est hæc potestas, ut vel heredi suo prout visum est, prosit, vel noceat: quod in his omnibus, cum ad ius de singulis constitutum ventum erit, facile intelligetur

XI. Propone ergo primum filium & servum. Sive filius in pecunia paterna, sive servus in pecunia dominica paciscantur, ne pater aut dominus petat: patri dominove omnino non noceant, nec quidquam detrahunt eorum obligationi. *L.* [13] *servus*, *L. filius*, *C. de pact.* scilicet quia nihil in hac pecunia permissum est a patre filio, aut a domino servo; certe nihil eiusmodi, quo noceant. Sane si hi pecuniam paternam aut dominicam voluntate patris dominive crediderint; quod credendi tempore pacti erunt, valebit. *L. sin autem*, *D. de pact.* quippe id contractus pars est: ut dicendum sit, si pater dominusve in reliquis partibus contractu uti velint, debere & ipsos [14] contractum in hac parte adversus se servare. *arg. in L. cum servus*, §. 1. illic, *sed adiicere debuit*. *D. si cer. pet.* & præterea regula iuris est, ex qua persona quis lucrum capit in re aliqua, debere eum & eius factum præstare; intellige in eadem re. *L. ex qua persona*, *D. de reg. iur.* Quid, si hi peculio sibi permisso in re peculiari contraxerint, & eum eo quem sibi obligaverant, pacti sint, ne ea pecunia peteretur? Negat Caius pactionem eorum ratam habendam esse adversus patrem dominumve; nisi liberam peculii administrationem habeant: nempe quia non aliter patri dominove facto suo detrahendi potestatem accipiunt, quam si liberam huiusmodi peculii administrationem eorum voluntate acceperint. Sed etsi liberam peculii administrationem habeant, negat Caius ratum haberi debere pactum conventum, si hi donandi caussa de pecunia non exigenda pacti sint: eademque illa ratione scilicet, quia nec libera peculii administratione concessa donandi, atque hoc modo patri dominove nocendi ius concessum intelligitur: hoc ille in *L. contra*, §. *ult. D. de pac.* Recte: *non enim*, inquit alibi Ulpianus, *ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat*. L. filiusfamilias, *D. de donat.* quo significat donare esse perdere, eoque nec donandi potestatem ea concessione contineri. At hoc quam recte videtur colligi? Esto enim donare sit perdere. Quid? an perdere ei non licet, cui omnia libere agere concessum est? Sane liceret, si modo hoc concessum esset, omnia libere agere. Nunc autem id in hac re concessum non est. Concessa est hic quidem res libera: non tamen quævis, sed administratio dumtaxat, ut sive sit adstricta certis rebus administratio, sive libera, utrobique tamen nihil amplius sit, quam administratio. Quo posito, recte colligitur hac concessione non contineri ius donandi ideo; quia donare sit perdere. Repugnant enim administrare & perdere: cum administrare sit res ita curare ut serves, & augeas, si possis: quibus contrarium facit, qui perdit. Tunc ergo filius aut servus paciscendo ne pecunia a patre dominove petatur, his noceat constituta adversus eos pacti exceptione, cum in re peculiari a se contracta pacti fuerint, & liberam peculii administrationem prius acceperint; debitum autem ita [15] remittent, ut pro ea remissione accipiant tantumdem aut amplius: sic enim fit, ne donent: idque ita interpretatur Caius in *d. L. contra*, in fin. *de pact.* Idem dicemus, si in re dubia deficientibus aliis probationibus ad necessariam transactionem venerint, ut parte aliqua accepta actionem remitterent. *arg. in L. præses*, *C. de transf. L. tutor*, *D. de iureiur.*

XII.

13) Ubi ratio dubitandi quia idem videtur dissolvere obligationem posse qui contrahere *L.* 35. *de* ?. *I.* Cui Ref. quod dominus vice servi contraxisse videatur. Don. *ad d. L.* 3. Et hic contrariorum dispar dispositio, quia & diversa lucri, ac damni ratio. Sich. *ad d. L.* 3 *n.* 2. Plane acquirere iussus potest non acquirere *L.* 3. *de her. inst.* Sed eo ipso nihil adimit, nec idem iudicium lucri cessantis quod damni Don. *ibid. n.* 5. & Sich. *n.* 8.

14) Ita & noster ad *L.* 3. *C. her. tit. n.* 4. A. Fab. *ad d. L.* 29. Aliud iuris esse docentes si pecunia dominica a servo prius pure credita servus ex intervallo paciscatur, ne ante biennium petatur.

15) Neque enim tunc gratuito animo remissio facta. A. Fab. *ad d.* §. *ult.* Neque perditur pro quo tantumdem parte alia recipitur. Sicuti perdit qui donat. *d. L.* 7. *pr. de don.* Quo de confer. Scip. Gentil. 1. *Parerg.* 1.

XII. Quid procurator creditoris, qua potestate in hac re præditus est, vi creditori pacifcendo noceat? Non alia, quam ut noceat, quatenus voluntate creditoris ita pacifci illi conceditur. Itaque nocere posse eum constat his [16] duobus casibus, si aut ei creditor specialiter mandavit, ut pacifceretur, aut ipse ab eo in rem suam procurator datus est. *L. nam & nocere*, 12. *L. sed si tantum*, seq. *D. de pact.* scilicet quia priore casu creditor hanc procuratoris potestatem esse aperte voluit; posteriore multo magis, dum eum, velut dominum in re sua faciendo in ea caussa esse voluit, ut is de re pro suo iure posset libere statuere. Quod si generaliter procurator datus sit omnium bonorum, de hoc quidem itidem, ut de superioribus simpliciter scriptum est in *L. rescriptum*, in fin. & *L. nam & nocere, de pact.* huius quoque pactum domino nocere: sed hoc sic accipiendum est, quatenus per concessum creditoris conceditur. Quid igitur ei conceditur? administratio bonorum omnino, & ut maxime sit libera, tamen nihil nisi administratio: repugnat quidquam in negotiis volentem perdere; proinde & donare, ut ante ostendimus. Quare & hic si quid pactus sit de pecunia a creditore non petenda, ita rata erit pactio, & nocebit creditori si pro ea remissione procurator [17] tantumdem acceperit, aut amplius: sin contra, non nocebit: quia quidquid ultra remittitur non necessario, donatur: quod ibi non concedi diximus. Nec mirum sit id nos dicere in procuratione omnium bonorum, cui libera administratio permissa est. Nam & eadem conceditur filiisfamilias & servis in re peculiari, quibus concessa est libera administratio peculii: neque his tamen aliter pacisci licet, ut patri aut domino noceant. *d. L. contra, §. ult. de pact.* Denique procuratori detrahe domini voluntatem in eo, quod procurator etiam utiliter pacisci possit: quidquid pactus is erit, domini actioni nihil detrahet. Exemplo sit is, cui caussæ actio tantum mandata est: quem placet quia litis decisio ei mandata non est, si de lite transigat, frustra pacisci, nec quidquam domini petitioni derogare. *L. transactionis*, 8. *C. de trans.*

XIII. Quid tutores & curatores, quo iure hic habentur? Eodem illo videlicet, ut pupillis, & cæteris suæ curæ commissis, pacifcendo hactenus nocere possint, quatenus rectæ administrationis ratio patitur, non longius ne hi quidem. Itaque si actionem pupilli, aut adolescentis pacto remittent, & pro eo tantumdem vel amplius accipiant, aut etiam transigendi caussa id faciant, [18] recte remittent, & parient debitori exceptionem pacti conventi adversus dominos: sin per ambitionem aut gratiam aliquid remittant, dominis nullo modo nocent. *L. pactum curatoris, C. de pact. L. præses, C. de trans.* Hoc ideo, quia his nihil amplius tributum est iure, quam administratio. Et quod hi pro dominis habentur in rerum administratione, *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tut.* hactenus verum est, dum non administrent, non tutelæ aut curæ suæ traditos spolient, *L. qui fundum, §. si tutor, D. pro em.*

XIV. Quod ad testatorem attinet, quemadmodum quisque pacifcendo heredi suo consulere potest, eique pacti exceptionem acquirere: ita pacifcendo ei detrahere potest, dum pacifcitur, ne unus aliquis ex heredibus petat, quod ipse petere potuit, & reliqui heredes. Nam si heredem suum quivis novo etiam onere onerare potest ab eo quid relinquendo: *L. 1. §. pen. D. de leg.* 3. *L. ab eo, C. de fid.* quanto magis quod ad eum alioqui pervenire poterat, potest ei non dare? quod fit actio-

16) Vid. Cuiac. *ad L. 10. §. ult. & LL. seqq. h. t. &* A. Fab. *ibid.* qui & hic dominum qui mandavit, doli exceptione, non pacti, submoveri contendit, add. Valent. Goil. Forst. *de pact. C. 5. p. 134. & seqq.*

17) Ita & Briss. *Lib. 3. de Solut. p.* 436. Ant. Fab. *ad L. 60. de Procur.* Hinc nec Procurator generalis transigere decidendi caussa potest *d. L. 60. de Procur.* Ubi male Cuiac. *in not. ad tit. 1. de R. D.* pro *decidendi* reponit *diminuendi*, & probat A Fab. *ibid. ac ad L. 12. h. t.* Qui idem tamen sui immemor 8. *Iurispr. 7. pr. 4. illat.* 5. Cuiacium rectius refellit. Quia in omni transactione est diminutio *L. 38. de trans.* Nam licet ex. gr. dederit 100. ut fundum dignum 500. consequatur, tamen deminuit, cum & non possidens in bonis habuisse intelligatur propter actionem *L. 15. de R. I.* Imperite vero Ierem. Setser. *Lib. 4. de iuram. Cap. 2. n.* 31. Cuiacii emendationem, nulla licet illius mentione, sic adstruit. Decisio significat transactionem. Ridicula itaque locutio: transactio decidendi caussa: quasi dicas: Transactio transigendi caussa. Quasi vero hi termini æque late pateant. Immo transactio, etsi quandoque decisio litis usurpetur *L. 7. L. 29. Cod. de transf.* Don. *ad rub. C. eod. n.* 9. per Synecdochen: Per se tamen non tam species est decisionis, quam caussa & modus lites decidendi, sicuti & iusiurandum & res iudicata. Quare uti non inepte dicitur iuramentum litis decisorium, nec perinde est ac si diceres iusiurandum iuratorium, ita & hic &c. Plane de re vere dubia, & ubi transactio prodest mandati, illa rata est, arg. *L. 12. Cod. de transf. &c.* Sed ea huc non pertinet, ubi quando nocere possit Procurator tractamus.

18) *L. 28. §. 1. hoc tit.* Et horum quidem pacta nunquam nocent, cum non mandatum a pupillo habere intelligantur, sed a lege, quæ solum dat facultatem bene gerendi. A. Fab. *ad L. 15. hoc tit.* inferens horum non eandem rationem esse quæ est Procuratorum, sed his minus licere. Confer. *supra Lib. 13. Cap.* 12. Curatoris quoque Reip. remissio pacto facta nocet *L. 37. h. t.* Cui obiici solet *L. 5. Cod. de Usur.* De quo alibi. Magistri autem societatum pactum obest *L. 14. hoc tit.* de rebus scilicet ad societatem pertinentibus quarum illi cura mandata est. Cuiac. & Ant. Fab. *ibid.*

nem ei detrahendo. His modis exceptio pacti adversus auctorem constituta, deinceps per consequentiam sequetur eiusdem heredes, nec heredes solum, sed etiam [19] singularum rerum successores. Ut, si venditor fundi ante pactus sit, ne eum fundum peteret a possessore, vendito eo fundo emptor eadem exceptione pacti summovebitur, *L. si tibi*, §. *pactum*, *D. de pact.*

XV. Ad extremum pacti exceptio competit de ea re, de qua convenit: quæ res pacto non continentur, ad eas pacti exceptio non pertinet. In quo hæc definitio Pauli tenenda est, animadvertendum esse, ne conventio [20] in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat. *L. si unus*, §. *pacta*, vers. *ante*. *D. de pact.*

XVI. Exceptioni pacti conventi finitima est iurisiurandi exceptio, quinimmo iisdem regulis iuris prope per omnia continetur: ut quæ de exceptione pacti conventi modo dicta sunt, huc translata naturam huius exceptionis non difficile explicent: quo breviores in hac specie nunc esse debemus. Id autem accidit ex eo, quod iusiurandum litis decidendæ caussa interpositum, de quo nunc loquimur, conventionem in se habet, & a qua proficiscatur, & propter quam maxime, ac non tantum propter religionem servatur. *L. sed etsi. 25. L. qui iurasse*. seq. §. *ult. D. de iurei.* Unde & iusiurandum speciem transactionis continere dicitur. *L. 2. L. admonendi*. in fi. *D. eod.* Quapropter quæ in exceptione pacti conventi inter debitorem & creditorem servari diximus propter conventionem, eadem necesse est propter eandem conventionem & pro debitore iurante, & adversus creditorem iusiurandum deferentem servari: idque ita in singulis partibus superioribus ita esse reperiemus. Quemadmodum igitur debitori exceptio pacti competit, sive ipse pactus sit, ne a se petatur, sive ne petatur ab eo, alii pacti sint, per quos ei exceptio acquiri potuit, ut qui sunt in eius potestate, item procurator, tutor, curator, actor municipum, fideiussor: ita & eidem iurisiurandi exceptio est, sive ipse adversario deferente iuraverit se nihil debere; sive eum nihil debere iuraverint iidem illi, qui pacto prodesse ei potuerunt, servus, filius, procurator, tutor, & cæteri. Idem & adversus creditorem valet. Sicut igitur adversus creditorem nascitur pacti exceptio, sive ipse pactus sit, ne peteret; sive ne peteret, pacti sint alii, penes quos ea potestas fuit, quos supra indicavimus: similiter & iurisiurandi exceptio adversus eumdem est, sive iusiurandum ipse detulerit debitori; sive iidem illi detulerint, qui paciscendo nocere potuerunt. Et rursum quemadmodum pacti exceptio competit solum de re pacto comprehensa: sic & iurisiurandi exceptio de ea re solum de qua ex delatione iuratum est. Atque hæc, inquam, omnia ex eo, quod iusiurandum huiusmodi per omnia hæc constat conventione. Si quis tamen harum rerum pleniorem explicationem & certiorem auctoritatem iuris desiderat, sumere potest ex illis, quæ scripsi ad Titulum, *de iureiurando cap.* 7. ubi hæc exceptio a me tractata est ex professo.

CAP.

19) Eadem tamen distinctione pacti personalis & realis servata *d.* §. 5. *L.* 52. §. 1. *L.* 57. §. 1. *hoc tit.* Unde pactum venditoris rem afficiens nocet emptori, *ut supra* 19 Moller. *not. h.* C. N 11. *vers Quomodo*.

20) Cur enim valeat pactum, quoad eum cui nulla fides data A. Fab. *in d.* §. 4 reprobans doctrinam vulgo DD. Pacta esse iuris. Cum omnino iuris non sint; sed facti Quæ tamen salvari potest, si intelligas ius ex pactis proveniens, non ultra verba & mentem convenientium. Vid *de d.* §. 4. *in fin.* Conna 5. *Comm* 4 *n.* 9 Enimvero quandoque aliis nocet pactum Ut si maior pars creditorum convenerint, certamque partem debiti remittant, servata forma rescripti, de quo vid *L.* 7. *ult. L.* 8. *L.* 9. *&* *L.* 10. *pr. ibique* Cuiac. Hot. & A. Fab. Duar. *h. t.* *Cap.* 6. *n.* 10. Pac. 1, *Enant.* 89. Moller. 4. *Semestr.* 6. & omnino Trentacinq *Lib.* 3. *Pract. Resol. tit. de Solutionib. Resol.* 3. Ioan. Meichsner. *tomo* 3 *Decis. Cam.* 21. Ius tamen hypothecæ tali pacto non tollitur, aut minuitur *d. L.* 10 *in pr.* vers *hac enim* Quem versiculum tamen solita audacia ut Tribonianismum damnat immerito A. Fab. *ibid* Quare nec reliquas accessiones auferet. Unde etsi pactum plurium creditorum noceat paucioribus, pro portione remissa, actura contra debitorem cui remisso facta, eiusve heredem, non tamen si contra fideiussorem experiantur *per L.* 58. §. 1. *Mand.* Mathesilan. *sing.* 104. Fr. Cremens *singul.* 22 Et facit § *ult. in fin. I. de replic.* Vid. tamen post alios Hering. *de Fideiuss.* C. 26. *n.* 82.

C A P. V.

De exceptione rei iudicatæ, quibus, adverſus quos, qua de re competat.

Exceptio rei iudicatæ reo prodita firmitate nititur atque auctoritate iudicatarum rerum. (*Unde talis auctoritas.*) I.

Competit debitori ſive per hunc quæſita ſive per alios: Qui alii. II.

Quæſita debitori pertinet ad eius ſucceſſores & acceſſiones omnes. III.

Competit adverſus creditorem, ſive iudicata res fuit adverſus ipſum, aut alios eius nomine agentes: qui ſint hi alii. IV.

Item adverſus eius heredes & alios omnes ſucceſſores. V.

Iudicatæ rei exceptio competit eadem de re *dumtaxat:* rem eandem *tria faciunt, & ſola.* VI. XXVII.

1. *Idem corpus, quantitas eadem, atque ius idem quod petatur; iterum ſive ſolum ſive coniunctum; aut pars aliqua.* VII.

Vel corporis antea petiti: *quando pars huius iterum petita intelligatur, aut ſecus.* VIII. IX.

Vel quantitatis: *qualis ex S. C. Paulo facti huius ſpecies.* X.

Vel iuris: *cuiuſmodi hic exemplum ex S. C. Pomponio.* XI.

Qui victus in itineris petitione ſi deinde actum petat, aut viciſſim, non petit ius idem; atque ideo non huic obſtat exceptio. XII.

Contra exceptione repellitur qui ex pluribus antea ſimul petitis rebus aliquid rurſus petit. XIII.

Non obſtat iudicatæ rei exceptio, cum non eadem, at diverſa res petitur. Exempla. XIV.

2. *Eadem petendi cauſſa non alia. An ſit eadem ex origine petitionis dignoſcitur.* XV.

Si aut fuit priori iudicio cauſſa nominatim adiecta, aut petitione generali dominii comprehenſa. Quid iuris in utraque. XVI.

Cauſſa etſi alia, ſi poſterior aut genere aut tempore obſtat exceptioni: qualis utraque. Poſterioris exempla. XVII.

3. Eædem perſonæ; *ſecus ſi aliæ; & quando aliæ. Exempla* XVIII.

Quare aliis *non obſtet exceptio: Hinc regula:* res inter alios iudicatas aliis non præiudicare. XIX.

A qua tamen excipiuntur 1. *victoris rei ſucceſſores & acceſſiones omnes.* XX.

2. *Victi actoris ſucceſſores, & hi etiam ſingulares.* XXI.

Singularis ſucceſſor exceptione repellitur, ſi poſt rem ab illo quæſitam auctor fuit iudicio ſuperatus; ſecus ſi antea. XXII.

Sed & hoc poſteriore caſu non obſtat exceptio, ſi auctor egerit ignaro; non ita, ſi ſciente & patiente ſucceſſore. XXIII.

Excipiuntur & cauſſæ, quæ præiudicia ſive præiudiciales actiones nuncupantur: exempla hic ex teſtamento petita enucleatius expoſita. XXIV. XXV.

Summa rerum. XXVI.

I. Exceptio rei iudicatæ comparata eſt tuendorum reorum cauſa, ſecundum quos res iudicata eſt. Proponendæ ratio hæc fuit, quod reus ſententia iudicis abſolutus non eo minus adhuc [1] tenetur iure, ſive cum eo actum ſit in rem,

1) Sicuti nec dominium per ſententiam cuiquam tribuitur vel adimitur vid. *ſupra Lib.* 30. *C.* 6. *N.* 4. Gœd *de Sequeſtr. Cap.* 1 *n.* 128. Don. ad *L.* 2. *C. de probat.* Nec ſi iniuriam ſuccubuit dominus rei vindicatione, eo minus in dominium eius alius ſuccedit, tametſi & is agens exceptione hac repellatur *L.* 28. *hoc tit. L.* 3. *§. uſum de pign.* Nec qui per iniuriam vicit, rei vindicationem contra alios conſequitur *d. §. ult* Hot. 6. *Obſerv.* 23. Cuiac. 27. *QQ. Papin. ad d. L.* 28. Diſſ. Gilken. *de præſcr. p.* 2 *membr* 1. *C.* 21. *n.* 6. *& ſeq* Tunc vero actio ipſo iure non ſublata, quando ſententia abſolutoria iniuſta in iudicatum tranſiit ſecus ſi iuſta, ut ſi obiecta exceptio peremptoria legitima, ut rectiſſime poſt Bart. in *L. ſi pignus* 23. *pr. de fidei.* Matheſilan, *Sing* 97. etſi *ibid. in addit.* Gabr. Sarayna vulgo contra ſentire ſcribat. Nam ita. Theoph *in d. §.* 5. *I. de exc.* actiones efficaces (ipſo iure) manere (non ſemper, ſed tunc) ubi victus ſum, ſive quod iudici obreptum fuerit, ſive me nimia celeritate præcipitaverim, ſive iudex male pronunciaverit Et firmantur hæc ex iis quæ *ſupra adnot. C.* 2. *N.* 9. Plane non ideo minus audietur hæc exceptio obiecta, ubi prior ſententia iuſta Nam & ubi ipſo iure nulla fuit actio, & reus priori iudicio abſolutus, vel quia nihil unquam debuerit, vel quia ſolverit, dari tamen ei poſtea denuo convento hanc exceptionem non ambigitur. Neque is neceſſe habet eodem modo ſe defendere, quo iudicio priori. Conf not. *ſupra C.* 1 *N.* 4 *ju. fin* Neque enim quæritur hac exceptione obiecta de eo quod iudicatum, iuſtene an iniuria, ſed an iudicatum *L.* 56. *de re iud.* arg *L.* 5 § 2. *de iureI.* Neque ideo hæc exceptio intentionis eſt, vel facti, ut Rosbach. *Proceſſ. tit* 41. *n.* 14 etſi vocetur litis finitæ *Cap.* 1. *de lit. conteſt. in* 6. Ann. *Præs* § 13. *C.* 9. *n.* 11 Zang *de Exc. P.* 3. *Cap.* 13. *n.* 109. Quo de *Infra Cap.* 8. *N.* 8.

rem, five in perfonam §. *item fi*, *Inft. de exc.* Non enim fi iudex pronuntiat nullum ius actoris effe, idcirco id ita eft: cum fieri poffit, ut iudex male iudicarit, & iniuriam fecerit actori, vel per imperitiam, vel per fordes, vel gratiam. Sed quod in re fortaffe non eft, id vifum eft auctoritati rerum iudicatarum tribui, ut five iure, five iniuria iudex iudicarit, rei iudicatæ a qua fuo tempore appellatum non fit, omnimodo ftetur, nec quidquam deinceps inter eafdem perfonas amplius quæratur, quam an iudicatum fit. *L. cum prolatis*, *L. poft rem*, *D. de re iud.* propofitaque eft in eam rem vincenti fi actor eft, etiam actio, quæ dicitur iudicati: *L.* 4. § 1. *L. miles*. §. *ult. D. eod.* multoque magis fi reus eft, exceptione, quæ appellatur rei iudicatæ, *d.* §. *item fi*, *Inft. de exc.* Unde ergo hæc auctoritas rebus etiam iniuria iudicatis, fi quis quærat, refpondent veteres 2 publicam utilitatem id exegiffe: de quo fic Mecianus in *L. fervo*, §. *cum prætor*, *D.* ad Treb. *cum prætor*, inquit, *cauffa cognita per errorem vel etiam ambitionem iuberet hereditatem ut ex fideicommiffo reftitui; etiam publice intereft reftitui, propter rerum indicatarum auctoritatem*, id eft, ut res iudicatæ fuam auctoritatem teneant. At quæ in eo utilitas publica? explicat Paulus in *L. fingulis*, 6. *D.* de exc. rei iud. *Singulis controverfiis*, inquit, *fingulas actiones*, *unumque iudicati finem fufficere*, *probabili ratione placuit: ne aliter modus litium multiplicatus fummam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime fi diverfa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatæ frequens eft*. Significat utilitatem hanc effe, quod fi rebus iudicatis non ftabitur, nullus futurus fit litium neque finis, neque modus. Atque hinc fcilicet perpetuæ lites, & ex litibus civium difcordiæ: quæ cum rebufpublicis exitiofæ fint, neceffe eft in eo publicam utilitatem agnofci, fi quid eiufmodi eft, quo huic malo in republica occurratur. Id autem fit publica ifta auctoritate rebus rite iudicatis tributa, ut eas prætor tueatur: tuetur autem actiones ex his & exceptiones dando. *L. inter*, §. 1. *D. fam. erc.*

II. Competit rei iudicatæ exceptio reo, fecundum 3 quem res iudicata eft, five is in actionibus in perfonam debitor eft, cum quo agitur, five in actionibus in rem poffeffor: quod de uno dixerimus, de altero fimiliter, ut in fuperioribus exceptionibus dictum intelligendum eft. Debitori autem ex hac cauffa fic exceptio rei iudicatæ competit, five per eum illi quæfita fit, five per alios: nam & per alios ei acquiri poteft. Illi per ipfum quæritur, cum iudicio adverfus eum inftituto ipfe abfolutus eft: quo modo maxime res dicitur fecundum eum iudicari: de quo nulla dubitatio eft. Quæritur ei per alios, cum eius nomine iudicio actum eft cum aliis defenfionem eius fufcipientibus, qui rem in iudicium deducere potuerunt, & res fecundum eos iudicata eft. Sic enim iudicatur fecundum eos, ut vi ipfa iudicetur præcipue fecundum eum, cuius cauffa agitur, dum pronuntiatur id quod petitur non deberi. In hoc numero funt tutor, curator, procurator, actor municipum. Hi omnes eorum nomine quorum res gerunt, rem in iudicium ita recte deducunt, ut fi defenfione reorum nomine fufcepta abfoluti fint, pariant dominis ipfis rei iudicatæ exceptionem. *L. fi mater*, §. *hoc iure*, *D. de exc. rei iud.* Quinetiam etfi quis fine mandato defenfor rei extiterit, Ulpianus fcribit etiam hunc ex parte rei numerandum, qui fimiliter ut fuperiores rem in iudicium deducat: fignificans etiam per hunc fi abfolutus fit, exceptionem rei iudicatæ domino acquiri. *d. L. fi mater*, §. *hoc iure*. Nec quem move-

2) Scite Caffiodor. 1. *Var. Epift.* 5. *In immenfum*, ait, *trahi non decet finita litigia. Quæ enim dabitur difcordantibus pax, fi nec legitimis fententiis acquiefcant. Unus inter procellas humanas portus inftructus eft, quem fi homines fervida voluntate prætereunt, in undofis iurgiis femper errabunt.* In eandem rem plures exftant in Orationibus Ciceronis fententiæ pro Flacco, pro Balbo, pro Sylla, pro Cluentio, pro Rofcio &c. vid. Langlæ. 5. *Semeftr.* 2. Petr. Fab. 1. *Semeftr* 21. Wefenb. *Par. D h. t. n.* 2. Unde idem Cicero 4. Verrina, in Verrem invehitur, quod de re iudicata iudicaverit. Et Quintil. paffim veterem legem memorat: Bis de eadem re actio ne efto. Hot. 6. *Obf.* 23. Quæ ab Athenienfium LL. fumpta Demofth. *Orat. contra Leptinem*: Leges vetant ne bis cum eodem de iifdem rebus ullo iudicio, aut ratione agi liceat. Quo refpiciunt illa *Terent. Phorm. Act.* 2. *Sc.* 3.

Quandoquidem folus regnas, & foli licet
Hic de eadem cauffa bis iudicium adipifcier,

Hinc Proverbium ortum: Actum ne agas, Terent. *d. Sc.* 3. Actam rem agis, Plaut. *Ciftell.* 4. *Sc.* 2. & *Pfeud.* 1. *Sc.* 3. Donat. *ad Terent. d. Sc.* 3. & *And.* 3. *Sc.* 1. Langlæ. *d. loc.* Et nec a iudice arbitrium habente hæc exceptio reiici poteft: vid. Menoch. *Arb. Q.* 52. Quin mulctatur iudex, laicus vel ecclefiafticus, fi eam reiecerit. *Cap. ult. de exc. in* 6. idem Menoch. *Arb. Ca.* 439.

3) Nunquam autem ei contra quem iudicatum *L.* 16. *hoc tit.* Fac. *L.* 9. §. 1. *h. tit. L.* 16. §. 5. *de pign.* Neque huic contrarium, quod condemnatione fortis tantum facta, reus de ufuris, fi de iis alia actio non fit, priori actione conventus exceptione hac fe tuetur *L.* 4. *C. Depof.* Id enim quia per confequentiam de ufdem uforis fententia abfolutus cenfetur: vid. Don. *ad d. L.* 4. & Io. Petr. Surd. *dec.* 69. Atque hinc arg. *d. L.* 4. vult Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 32. fundo petitori adiudicato, nulla fructuum mentione, fructus eos, qui officio iudicis præftandi, poftea petenti hanc exceptionem obftare. Confer. *fupra Lib.* 20. *C.* 6. *n.* 3.

moverit, quod hic defensor ab initio mandatum non habens non potuit rem in iudicium deducere. Satis est, si dominus re postea cognita [4] ratum habet, quod gestum est. Sic enim ratihabitio mandato comparatur & trahitur ad id tempus, quo primum res geri cœpit, ut hic videatur retro res in iudicium recte deducta. *L. licet*, *D. de iud. L. vero*, *D. de sol. L. ul. C. ad Maced.*

III. Per hos debitori isto modo quæsita rei iudicatæ exceptio, incipit ex communi omnium exceptionum peremptoriarum lege per consequentiam etiam pertinere ad successores, & accessiones omnes, ut his deinceps non minus competat, quam principali reo. Quæ ergo alicui competere cœperat de fundo quem possidebat, eadem fundo vendito ex persona auctoris emptori dabitur. *L. si a te*, 9. *§. ult. D. de exc. rei iud.* multoque magis mortuo reo transibit ad heredes eosdemque universi iuris successores. Sic dabitur & rei fideiussoribus. *L. si cum argentum*, *§. ult. D. eod.* nec minus & aliis accessionibus eius obligationis. Qua ratione si cum filiofamilias suo nomine obligato actum sit, re secundum eum iudicata eadem exceptio patri dabitur, si cœperit ex persona filii conveniri. *L. si mater*, *§. si quis hominem*, *de exc. rei iud.*

IV. Ut exceptio rei iudicatæ principaliter competit debitori, secundum quem res iudicata est vel ipso caussam agente, vel eius nomine aliis, qui rem in indicium deducere potuerunt: sic competit principaliter adversus creditorem, adversus quem res eo iudicio iudicata est absoluto eo, cum quo agebatur. Idque ita est similiter, ut in debitore, sive ipso agente res iudicata erit, sive iudicata aliis agentibus, quibus licuit rem in iudicium deducere. In hoc numero iam dixi esse hos quatuor, tutorem, curatorem, procuratorem, actorem municipum: quorum priores duo iure muneris publici quod gerunt, ita in rerum pupilli aut curæ suæ commissorum administratione pro dominis habentur, ut placeat eos nomine eorum quorum res gerunt, non solum indicio agere posse sua auctoritate sive alio mandato; sed etiam rem in iudicium deducere sine ulla cautione dominum rem ratam habiturum. *L. tutor qui tutelam*, *L. vulgo*, *D. de administr. tut.* duo posteriores agendi potestatem voluntate & mandatu ipsius domini constitutam habent. Hi, inquam, nomine dominorum ita rem in iudicium deducunt, ut si his agentibus res adversus eos iudicata sit, parata sit rei iudicatæ exceptio etiam adversus dominos, quorum nomine iudicio actum est. *d. L. si mater*, *§. hoc iure*, *D. de except. rei iud.* Et hoc est, quod definitur in *L. 4. D. de excep. rei iud.* rei iudicatæ exceptionem tacite continere videri omnes personas, quæ rem in iudicium deducere solent; quales sunt superiores quatuor. Dicuntur hæ personæ contineri exceptione rei indicatæ; quia sive hæ reum defendant in iudicio, & secundum eas res iudicata sit, nascatur reo rei iudicatæ exceptio; sive ipsis agentibus res secundum eas iudicata sit, nascatur adversus dominos ipsos eadem exceptio.

V. Atque his modis exceptione rei iudicatæ adversus dominum constituta, evenit per consequentiam, ut eadem transeat adversus heredes omnesque alios successores: adeo, ut exceptio noceat etiam ei, qui in rem & ius privatum successit eius, qui iudicio expertus victus est. *L. exceptio*, *D. de exc. rei iud.* Itaque quod dicitur in *L. si a te*, 9. *§. ult. D. eod.* exceptionem rei iudicatæ a persona auctoris ad emptorem transire solere: hoc ad emptorem transire sic accipiendum est, ut tam pro emptore intelligatur, quo ei exceptio detur, si in ius rei absoluti successerit; quam adversus eum, ut exceptione summoveatur, si successerit in ius actoris superati. Qua ratione placuit eandem exceptionem ex persona auctoris, qui pignus creditori suo dedit, nocere creditori, si posteaquam auctor victus erat, pignus datum sit. *L. si mater*, *§. ult. D. de exc. rei iud.*

VI. Utcumque autem res pro reo adversus actorem iudicata sit, & adversus eundem iterum agatur: nunquam tamen victori reo rei iudicatæ exceptio competit, nisi agatur de eadem re, de qua prius iudicatum est. *L. cum quæritur*. 12. & duabus seqq. *D. de except. rei iud.* Hinc quæsitum hoc loco, quæ sit eadem res, quæ iterum petitur, quæ alia, ut illic noceat, hic cesset exceptio. Eandem rem in hac quæstione tria faciunt, si [5] concurrant. Primum id ipsum de quo prius actum est, puta corpus idem, ut Stichus,

4) Quo faciunt not *supra Lib.* 18. C. 12. *N.* 7. vers. *Sed quid si sententia &c.*

5) Quæ coniunctim requiruntur *L. 14. pr. h. t.* ut deficiente uno corruat exceptio Cuiac. 70. *Pauli ad Edict. ad d. L. 14.* Hot. *ad L. 2. Cod. de iudic.* P. Fab. 1. *Semestr.* 21. Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 5. Paul. Æmyl. *Decis. Rota* 93. *p.* 3.

ehus, fundus Tusculanus; aut quantitas eadem, ut decem, viginti; aut ius idem, ut proprietas ususfructus, iter; prout hæc priore iudicio petita sunt, & nunc de his agitur: secundum caussa agendi eadem: tertium eædem personæ, inter quas & nunc agatur. Hæc, inquam, si concurrant in eam rem de qua agitur, eadem res est, nocebitque de ea re agenti rei iudicatæ exceptio. Sin horum quid desit, res est alia, de qua agenti exceptio non obstabit: hæc ita definita in *d. L. cum quæritur*, 12. & 2. seqq. *L. cum de hoc. D. de exc. rei iud.* Quæ qualia sint, sigillatim spectemus.

VII. Corpus, quantitas, ius idem sine dubio tum intelligitur, cum totum idem petitur, quod prius, neque intererit, utrum id petatur per se solum, an vero coniunctum cum aliis rebus: aliarum enim rerum adiectio non facit, quominus & illa petita sit, quæ vere petita est. Et ideo cum quis rem unam aliquam hereditariam petiit, si victus hereditatem petat, in qua ea res sit, de qua prius actum est, non faciet alterius nominis appellatio, & comprehensio, quominus verum sit eandem illam rem peti: eoque & in ea re nocebit agenti rei iudicatæ exceptio *L. si quis tum*, 7. *§. pen.* in fi. & *§. ult. D. eod.* Tantum in corpore petito hoc tenendum erit, quod Paulus monet in *L. & an eadem*, in pr. *D. eod.* idem corpus in hac exceptione accipi debere, quod substantia eadem est, qua fuit tum, cum ab initio petitum est, etiamsi de qualitate aut quantitate aliquid decesserit, aut contra aliquid accesserit extrinsecus: ut puta, petito grege, si postea aucto vel minuto numero gregis iterum is grex petatur, idem grex peti intelligitur, obstabitque petenti exceptio. *L. si cum argentum*, *§.* 1. *D. eod.* Sed etsi non totum petatur id quod prius petitum est, sed [6] pars tantum, idem peti intelligitur: nocetque hactenus exceptio rei iudicatæ, quoniam pars in toto continetur. *d. L. si quis eum*, in pr. *eod. L. in toto & pars, D. de reg. iur.*

VIII. An pars in corporibus petatur, necne, sic de eo statui poterit. Videndum est, an ante corpus unum petitum sit, an plura. Si unum pro parte id habebitur, quidquid eo corpore continebatur tunc, cum de eo prius actum est, & quo id corpus constabat; sive id adhuc contineatur eodem corpore, cum iterum petitur, sive exemptum separatumve postea eodem corpore teneri desierit: ac quidquid petetur huiusmodi, tanquam parte petita placet obstare exceptionem. Ut, si quis fundo petito deinde partem eius fundi dimidiam petat sive adhuc indivisam, sive divisam: si petitis ædibus, postea petat aream: Idem est, si corpore aliquo petito, aliquid petat eorum, quæ inde nata sunt, sive adhuc cohæreant, sive sint separata: ut si petat arbores ex fundo prius petito excisas, fructus ibi natos; aut petita ancilla, postea de partu agat. *d. L. si quis cum 7.* in pr. [7] *§.* 1. *§. de fructibus, eod.* Quinetiam si quis cum petiisset gregem, postea speciale aliquod corpus ex grege, quod modo in grege fuerit, petat; is existimatur velut partem petere, quia grex ex eo corpore constiterit: placetque [8] ob id ei exceptionem obstare. *L. si cum argentum.* 1. *§.* 1. *eod.* IX.

6) *L.* 113. *de R. I. L.* 76. *de R. V.* Confer *supra Lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 21. Unum & idem quadripartito distributum tradit Ant. Massa Galesi *de exercit. iuris peris. Lib.* 1. Aut enim numero, ait, aut specie, aut genere, aut analogia, seu similitudine caussæ & rationis idem dicere solemus.

7) Unde Zang. *P.* 3. *C.* 17. *n.* 27. *& seqq.* docet sententiam pro reo latam in principali, parere eidem exceptionem in accessorio ut partu & fructibus. Nec distingui vult an partus, aut fructus iam ante nati fuerint, cum ancilla aut fundus peteretur. Quia ei ipsi quod indicatum est ancillam petitoris non esse, consequens est nec partus aut fructus quandocunque natos ad eundem spectare. Et hic non plane petitur res diversa, sed ad idem corpus pertinens, cum partus & fructus ex ancilla fundoque nati sint. Ac etsi non eadem res foret, tamen eadem quæstio, de proprietate scilicet ancillæ aut fundi, prius decisa revocari inter eosdem non posset per *L.* 7. *§* 4. *h. t.* Ibid Zang. *n.* 30. mavult in *d. §.* 3. citra negationem legere *exceptio noceat* quod & Accurs id notet. Et nostrum quoque ita affirmative legisse apparet. Tueri tamen tutius est vulgatam & Florentinam lectionem *exceptio non noceat*. Nam versic. *plane d. §* 3 arguit in priori membro *eiusdem §.* diversam decisionem. Nec *d. L.* 7. *§.* 1. indistincte loquitur, sed valde restricte, eo ipso ius regulare adversum convincens Tunc nimirum exceptio nocet partum petenti ubi & ancilla ceu prægnans petita, & post litem contestatam ea peperit. Quippe hic partus non in iudicium deductus. Nec obsistit quod post litem contestatam concepit, itaque litis contestatione prægnans non fuit, in quo præcipua dubitandi ratio *d. §.* 1. Nam ad id Resp. peti potest ex *L.* 27. *§.* 1. *de R. V* & ex iis quæ *supra Lib.* 20. *C* 5. *n* 5. *& seqq.* Nec apta illatio Zangeri *d. n.* 30. *&* Goth. *in d. §.* 3 De fructibus eadem quæstio, quæ de partu. Ergo fructus petenti ei, qui fundo petito prius victus, exceptio nocet, quia & partum petenti nocet *d. §.* 1. & proinde affirmativa legendum *d. §.* 3. *exceptio noceat*. Nam immo *d. §.* 1. in certa tantum specie exceptioni locum dat, & quidem ita demum vel ea conditione, si posteriore partus petitione eadem quæstio proprietatis ancillæ revocetur. Ita autem inferendum, ne illatio vi præmissarum amplior sit; Ergo, quo casu, quibus concurrentibus, partum petens idem petere videtur *d. §.* 1. eodem, & iisdem conditionibus, qui fundo petito victus, fructus eiusdem petens exceptione repellitur. Nempe si & fundum cum fructibus petiit, & fructus novo iudicio petiti post litem contestatam prioris iudicii nati atque percepti. Denique vers. *hac enim*, *d. §.* 3. negantem sententiam exposcit. Nam illis verbis ratio decisionis redditur talis: Si post prius iudicium nati fructus, non possunt videri in idem iudicium venisse, aut eodem petiti esse, qui eo tempore ne erant quidem. Ac etsi ut partus portio viscerum, ita fructus pars fundi: tamen tantum quousque pendent, non cum resecti *L.* 44. *de R. V.* *& simil.* Ad rationem Zangeri Resp. *infra h Cap. N.* 10.

8) Nam & hoc veluti pars totius. Et ut Hot. *Ill. Q.* 33. Totum concretum bifariam spectatur. Ut totum & partes, item ut Universum & res singulæ. Quippe ut partes toto,

IX. Hic ex omnibus rebus uni alicui corpori cohærentibus excipiuntur in ædibus cæmenta, lapides, tigna, in navi singulæ tabulæ. Nam is qui ædes petiit, si cæmenta postea, vel tigna, vel quid aliud ædibus iunctum suum petat; in ea conditione est, ut videatur aliud petere, eoque recte petat, & sine metu exceptionis: hoc Ulpianus in *L. siquis eum*, 7. §. 2. *illic, sed in cæmentis D. de exc. rei iud.* Hoc quidem ille negaverat obiter in principio eius capitis his verbis: *nam nocebit exceptio. Idem si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat; aut insulam petierit, deinde aream, vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.* Sed quod hic exempli tantum caussa, & velut aliud agens posuerat, id corrigit postea, & mutat ex professo in lapidibus, cæmentis, & tignis. In [9] §. 2. addita ea ratione, ex qua facile intelligere liceat, hoc idem illum & de tabulis navis sentire. Cur ergo hoc ille in his rebus dissimiliter, atque in fructibus fundi, arboribus excisis, partu ancillæ: cum cæmenta, & tigna non minus eiusdem corporis ædium quandoque partes fuerint, certe ita habita sint, ut eodem corpore pariter continerentur, his ædes constarent, ut videtur, non minus, quam grex singulis ovibus inter se distantibus? Differentiæ ratio duplex est. Una, quod fructus, arbores, & quæcunque nascuntur ex fundo, vere sunt pars fundi, quandiu cohærent; *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* ut partus pars viscerum matris, priusquam nascatur. *L.* 1. §. *ex hoc, D. de insp. vent.* Sed & singula capita gregis sunt pars gregis: hæc enim iuncta quamvis inter se distantia, id corpus efficiunt, quod gregem appellamus. *L. rerum, D. de usuc.* At tigna, lapides, cæmenta proprie non sunt pars ædium. Coniunge enim innumera, ut libet, nisi quid aliud accesserit, hæc ædes non constituent, molem & struem lapidum aut lignorum dicere possis: ædes certe non erunt. Illæ proprie ædium partes sunt, quibus positis exstruitur domus: una aliqua detracta, domus non est, fundamentum, parietes, tectum. Altera ratio, quæ hic redditur ab Ulpiano in cæmentis & tignis, hæc est: *etenim*, inquit, *cuius insula est, non utique & cæmenta sunt: denique ea quæ iuncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest.* Quæ ratio si explicetur (est enim ad id de quo quæritur, paulo obscurior) hanc differentiæ rationem indicat; quod arbores & fructus fundi si petantur, necesse est [10] peti ex eadem caussa, ex qua & fundus ab actore prius petitus erat. Hæc enim omnia fundi ius sequuntur, eique cedunt, ut non alius ea esse possint, quam cuius est fundus, nec ex alia caussa. *L. adeo*, §. *ult. L. qua ratione.* in pr. *D. de acq. rer. do.* similiter & partus matrem sequitur. *L. partum. Cod. de rei vindic.* Ne singula quidem capita gregis possunt alio iure ad aliquem pertinere, quam quo iure & grex ad eum pertinuit, si modo vere fuerint capita eiusdem gregis. At lapides, cæmenta, tigna si destructo ædificio vindicentur ab eo, qui prius de ædibus agens victus fuerat, ut maxime ædium partem quis esse putet, tamen vindicantur ex alia caussa, quam ædes. Nam ædes vindicabantur

toto, ita res singulæ universo continentur. Ut illius interitu partes pereunt, & contra, ita & hic. Quare uti res iudicata de toto ad omnes partes, ita & de universo vel universitate ad res singulas pertinet, idem illust. Q. 32. Ubi pluribus tractat in quibus totum ac universitas conveniant vel discrepent. Add. Tiraq. *ad L. 8. C. de revoc. don. v. totum* Zas. *in L. 23. pr. de acq. poss. n. 7. & seqq.*

9) Minime. Nam & *d.* §. 2. nec verbulum de nave nec quicquam ex quo appareat Ulpianum quod ante dixerat de nave corrigere; Quin & alias per quam improbabile est, quod expresse decisum *L. 7. in pr.* aliis interiectis postea tacite & per quandam subauditionem mutari. Immo nec secum noster convenit qui, ut est *supra Lib. 4. C. 12. n. 5.* statuit eundem tabularum esse dominum qui est navis. Quod si ita esset, ratio prior quæ in *d.* §. 2. non modo non conveniret navi, sed plane adversa foret. Ac sane si ita esset, hæc ipsaque satis firma edet caussa differentiæ inter tabulas navis & tigna ædificii. Quam fere reddit Zas. *ad d. L. 7. n.* 6 ita: Destructa domo rudera & cæmenta separata, aliæ res sunt. Ergo etsi ea eadem caussa petantur, qua prius petita domus, scilicet ratione dominii, non obstat exceptio, quia prius non erat actio ad tigna illa & lapides, nunc autem est. Nam si ex lignis meis exstructa domus, amisi actu dominium materiæ, quandiu domus existit, quia eiusmodi materia potestate iuris extincta *L. 7. §. 10. de acq. do.* Dissoluta domo iterum erumpit dominium, sicut ignis cinere tectus. Aliud in nave; Quia si tabulæ meæ sunt, sive navis iam compacta sive soluta, manet mihi dominium tabularum, immo & ipsa navis erat mea *d. T. 7. §. 7* Et si dominium navis meum non esse iudicatum est, nec tabulas meas esse, quarum dominium ad me soluta navi, redire non potuit, ita Zas & probat Goth. *in d. §. 2.* Zang. *d. C. 17. n.* 24. Sed huius rationis pars altera, navem concernens, falsæ hypothesi innititur quam redargui *supra Lib. 4. C. 12. N. 3.* cum & *d. L. 7. §. 7.* ea Sabini & Cassii sententia navis dominium domino tabularum tribuat, non autem ex media sententia ercifcundorum quæ subiicitur, sed immo eius qui exstruxit *L. 26. eod. ut d. Cap. 12. N. 3.* Alia itaque ratio investiganda.

10) Ratio hæc conveniens quoad fructus post iudicium prius de fundo acceptum enatos vel perceptos. Quorum etiam solum petitioni hæc exceptio obstat ut *supra N. 7.* Nam & partus ante prius iudicium nati, & fructus a solo resecati variis ex caussis alterius esse possunt, salva proprietate ancillæ & prædii. Quid enim si alii venditi & traditi, quid si bona fide, ceu ex re sua, percepti, postea autem dominus possessionem prædii sui una cum fructibus recepit. Certe hic etsi possessor repetens fundum exceptione dominii repellatur, non item si repetat fructus exceptione rei iudicatæ. Ex quibus & rationi Zangeri relatæ *supra N. 27.* occurritur, veraque & negans scriptura *L. 7. §. 3. h. t.* magis adstruitur.

prius [11] iure soli & areæ ob id, quod actor aream suam esse diceret, ac per aream ædificium; quoniam ædificium cedit solo & areæ. *L. adeo*, §. *cum in suo*, *D. de acq. rer. do. L. qui res*, §. *aream*, *D. de sol.* Nunc autem cum idem sublato ædificio tigna vindicat, vindicat non iure areæ, cui prius imposita fuerant: sed ex vetere caussa; qua tigna sua fuisse dicit ante, quam in ædificium immitterentur. Proinde ex alia caussa, quam de qua prius ædes vindicavit. Qui idem corpus petit, si petit ex alia caussa, quam de qua prius actum est, aliam rem in iudicium deducit, nec summovetur exceptione, ut mox suo ordine dicetur. Hæc vero differentiæ ratio ut vera, ita & certa est.

X. Quæ unius corporis ratio est, eadem est & unius quantitatis ante petitæ. Quantitas ergo eadem peti intelligitur, non tantum si eadem iterum petatur tota, sed etiam si vel minima pars eiusdem quantitatis; ut, si quis decem petitis victus, postea tantum petat quinque; quamobrem & eum qui id faciat, quanvis se in numero errasse dicat, & pro quinque quæ sibi vere debebantur, falso putasse sibi deberi decem, ideoque mutato errore nunc petere quinque vere debita; placet tamen tanquam eandem rem petentem exceptione rei iudicatæ summoveri. Quod ius expositum est a Paulo in specie huiusmodi: Quidam vere institutus ex sextante heres, eum de testamenti iure moveret quæstionem, putaretque se ab intestato obtinere posse semissem, sic egit cum uno ex institutis, ut semissem peteret: non petiturus omnino, si iure intestati exclusus putasset se etiam petitioni sextantis vere delati nociturum. Victus in caussa semissis redit ad sextantem, eumque vindicat, ut cuius petitioni renuntiare non cogitavit. Quis putet eum in hac petitione exceptione rei iudicatæ summoveri? nam qui voluntate sua sextanti non renuntiavit, multo minus prima facile videtur re prius iudicata exclusus: eum nihil prohibeat aliquem ex semisse heredem non esse, quod priore sententia hic pronuntiatum est, qui nihilominus ex minore parte sit heres. Respondet tamen Paulus ei qui semissem petens non obtinuit, si sextantem eiusdem hereditatis ab eodem petat, obstare rei iudicatæ exceptionem: nempe illa ratione, quam supra dixi, quod videatur, inquit in illa petitione semissis etiam partem sextantem (sic enim legendum est, non sextantis) vindicasse. Recte: semper enim in maiore summa minor inest, ut qui [12] petit decem aut sex, semper eas summas vel potius unitates singulas ex quibus decem aut sex constat, petere intelligitur. *L. 1* §. *si stipulanti*, *D. de verb. obl.* Itaque iudex, cuius sententia subservire debet petitioni. *L. ult. C. de fid. lib.* cum pronuntiat semissem non esse actoris, non hoc dicere intelligitur, hæreditatem ad eam quantitatem non esse eius, quasi minor quantitas possit eius esse; sed solidum semissem quantus scilicet petitus est, non esse actoris, ut nihil possit suum ex eo vindicare.

XI. Valet eadem definitio & in iure petito, ut qui ius aliquod prius petiit, victus summoveatur exceptione, non solum si totum id ius nunc petat, sed etiam si partem, tanquam qui in partis petitione hic quoque idem petat. Exemplo est is, qui prius fundum petiit, quem suum esse diceret, deinde victus eiusdem fundi usumfructum petit ex eadem caussa, ex qua fundum suum esse dixerat. Placet huic petenti exceptionem obstare. *L. si cum argentum*, §. *pen. D. de exc. rei iud.* Non dubium, quin recte dicturi simus id hac de caussa bene responderi, quod qui prius fundum vindicavit, dominium suum esse intendit, idque in iudicium deduxit; dominii autem pars est ususfructus proprietati adiunctus. *L. 4. D. de usufr.* proinde eum hunc usumfructum nunc petat, rei ante petitæ partem eoque & rem eandem petere videri. Pomponius tamen, cuius est superior sententia hic exceptionem obstare, videtur in *d. L. si cum*, §. 1. aliam rationem reddere, *exceptio mihi obstabit*; inquit: *quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest.* Videtur autem hoc significare, usumfructum qui ex eadem caussa petitur, ex qua fundus, esse usumfructum eum proprietate coniunctum: hunc autem usumfructum non esse, qui proprie & per se ita dicitur, definitiones utriusque declarant. Nam ususfructus

[11] Unde & domo prius petita, aream petens exceptione submovetur *L. 7, in fin. pr. h.* etiam destructa domo. Quia si area mea esset, necesse erit meam quoque fuisse domum, cum imposita cedant solo Zas. ad *L. 7.* §. 2. *h. 1. n. 7.*

[12] Quare qui 10. petiit & unum, & duo & singula ex illis 10. petiit *d. L. 1.* §. 4. Alias qui non deberi decem pronunciat, non de toto iudicaret, si de novem octo vel quinque quæstionem dimitteret. Nam & petitis 10. si 5. deberi actor probaverit, in ea condemnatio fieri potest, per *L. 21 de reb. cred.* ita Fr. Sarmient. *de redit. Ecclesiast. P. 4. C. 6. n. 7. &* ib. add. Sigism. Scaccia *Lib. 2. de iudic. causs. civ. &c. C. 7. n. 707.*

ctus eum proprietate coniunctus est ius suis rebus utendi fruendi. Qui autem proprie ita dicitur, qui idem per se consistit, Ius e proprietate separatum, est ius utendi fruendi alienis rebus. Quod si ususfructus eum proprietate coniunctus ususfructus proprie non est, certe per se non consistit; sequitur, ut vindicari non possit, qui per se nullus est. Sed utra harum rationum placeat, semper efficitur id quod supra posui, eum qui de proprietate fundi victus est, postea usumfructum ex eadem caussa petere non posse. Diversum esse ibidem Pomponius ait, si quis prius usumfructum a proprietate separatum petierit, deinde proprietatem eiusdem fundi nactus iterum usumfructum petat. *Potest*, inquit, *dici hic alia res esse: quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, & iure proprietatis quasi ex nova caussa rursus meus esse incipit.* Quibus verbis duas caussas superioris sententiæ complecti videtur. Una est, quod prius ususfructus petitus est separatus a proprietate: nunc petitur ususfructus cum proprietate coniunctus; quos inter se definitionibus ipsis differre ostendimus. Altera, quod etiam si quis utrumque usumfructum eiusdem generis esse diceret; tamen qui nunc petitur, petitur ex alia caussa, quam prius. Nunc enim petitur ex ea caussa, ex qua actor proprietatem nactus est, quæ caussa prius iudicium secuta est. Nova dominii caussa aliam rem facit. *L. si mater*, *§. eandem*, *D. eod.*

XII. Hoc loco de itinere & actu quæsitum est; si quis forte uno petito victus deinde alterum petat, videaturne idem, an aliud petere, ut ex eo de exceptione rei iudicatæ æstimetur. De quo Ulpianus scribit in *d. L. si mater*, *§. si quis iter* his verbis: *si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc: atque ideo exceptionem rei iudicatæ cessare:* hoc ille. Non est ergo iter pars actus. Alioqui qui actum peteret, idem peteret eam partem, a qua iam sententia iudicis esset exclusus; in qua proinde totum petendo pateretur exceptionem rei iudicatæ; ut qui partem aliquam bonorum petiit, deinde hereditatem petit. *L. si quis cum 7. §. ult. D. de exc. rei iud.* Qua ratione dicemus e converso & eum qui actum petierit, si in eo victus sit, non prohiberi iter petere: quia tum neque idem ius totum petat, neque eius iuris partem. Movet tamen dubitationem, quod traditur in *L. 1. D. de servit. rust. præd.* eum qui actum habet, & iter habere etiam sine iumento. Sed dicendum est, eum qui actum habet; habere iter non tanquam servitutem alteram, quæ sit in actu; sed [13] tanquam accessionem necessariam, qua qui iumentum agit, aut ducit vehiculum, carere non potest. Nunc autem de itinere loquimur, quod sit per se servitus. Atque hæc iam huc redeunt, ut declaretur una aliqua re petita, eandem rem iterum peti videri & in corpore, & in quantitate, & in iure petito, sive totum idem solum aut coniunctim petatur, quod prius petitum erat, sive petatur pars tantum: & in his demonstratum, quid quibus in rebus pro parte, eoque pro eadem re sit habendum.

XIII. Eadem definitio locum habet & pluribus rebus petitis. Si plures res priore iudicio simul petitæ sint, quidquid ex ea comprehensione petetur postea, exceptio rei iudicatæ obstabit. Plures petuntur aut nominatim, aut comprehensim nomine aliquo collectivo. Nominatim, ut si quis Stichum & Pamphilum petat. Nomine collectivo, ut si quis petat hereditatem, cuius appellatione continentur res omnes hereditariæ. Proinde si quis Sticho & Pamphilo petitis victus, postea vel unum ex his tantum petat, exceptione repelletur. *L. si cum argentum*, *§. si Stichum*, *D. de exc. rei iud.* Idem est, & si quis hereditate prius petita, postea rem unam aliquam hereditariam petat. *L. si quis cum*, *7. §. ult. eod.*

XIV. Quod si constabit neque totum id peti, quod prius petitum erat, neque eius partem, sed res diversas esse, eam quæ prius petita est, & eam quæ nunc petitur: nihil dubii est, quin locum non habeat rei iudicatæ exceptio. Exempla hæc sunt. Petiit quis usuras, idem de his victus petit [14] sortem ex eadem caussa. Nihil hic nocebit exceptio: quoniam aliæ atque aliæ res sunt, sors, & eius sortis usuræ. *L. si in iudicio*, *D. de exc. rei iud.* Item qui interdicto egerat de posses-

sione,

[13]) Vid. *supra Lib. 11. C. 6. n. 9. ibique N. 4.* Add. Cuiac. 9. *ad Afric. in L. 26. h. tit.* Forcat. ad *L. 1. de servit. n. 24.*

[14]) Secus casu converso. Nam absolutus de sorte si conveniatur de usuris exceptione tutus, quia usurarum obligatio non tenet, nisi sit cui accedat. Immo eadem exceptio est condemnato de sorte tantum, vid. *supra h. Cap. N. 3.* Plane si reus ideo absolutus de sorte, quod ea, (solutione, novatione, transactione &c.) liberatus distinguit Zanger. *P. 3. C. 17. n. 38.* an usuræ per se in obligatione, an solo officio iudicis veniant.

sione, postea in rem agit. *Non repellitur*, inquit Paulus, *per exceptionem: quoniam* [15] *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur*. L. & an eadem, §. *ult.* *D. eod.* res nimirum maxime diversæ, quas constat nihil inter se commune habere. *L. naturaliter*, §. *nihil commune*, *D. de acq. poss.* Item cui plures res testamento, aut codicillis legatæ erant, de quibusdam egit, alias omisit, sive quod ignoraret adhuc sibi legatas codicillis nondum prolatis, sive quod placeret adhuc earum petitionem differre. Dicturus, sive vincat in iis quas petiit, sive vincatur, non obstaturam ei exceptionem, quominus reliquas recte petat: quæ scilicet aliæ sunt, nec superiore petitione deductæ sunt in prius iudicium. *L. si ex testamento. L. si cum argentum*, in pr. *D. de exc. rei iud.*

XV. Non est satis ipsum peti, quod priore iudicio petitum est, ut de eadem re agi videatur, & locus fiat exceptioni rei iudicatæ. Secundum exigimus, ut sit eadem caussa petendi. Alia petendi causa si erit, alia res est, de qua nunc agitur, nec ex ea causa agenti nocebit exceptio, quanvis petatur idem, quod prius, & de eo agatur inter easdem personas. *d. L. cum quæritur*, 12. *L.* & *an eadem*, 14. *d. L. cum de hoc.* 27. *de exc. rei iud.* Utrum eadem caussa petendi nunc sit, an alia, ex origine petitionis æstimandum est, ut significatur in *L. si mater*, 11. §. *eandem*. *D. eod.* id est, ex ea petitione, quæ prioris iudicii fuit in lite contestanda. Nam animadversa petitionis, quæ illo iudicio fuit, caussa; deinde collata caussa ex qua nunc agitur, non difficile erit ex collatione iudicare, utrum [16] eadem caussa petendi sit hæc posterior, an alia. Id autem fiet hoc modo.

XVI. Videndum est, quod petitum est priore iudicio, utrum petitum sit nominatim adiecta causa, an vero nulla caussa expressa. Causa semper adiicitur in actionibus in personam; cum nulla sit hic obligatio & actio nisi ex certa definita caussa: cuiusmodi est, depositi, commodati; ex empto, vendito, locato conducto; negotiorum gestorum, tutelæ; damni iniuria, furti, iniuriarum, & si quæ sunt similes, quæ ex contractu, aut quasi contractu, ex maleficio, aut quasi maleficio nascantur, §. *ult. Inst. de obl.* §. 1. *Inst. de act.* ut sic *singulas obligationes singulæ caussæ* sequantur, ut Paulus loquitur in *L.* & *an eadem*, §. *actiones*, *D. de exc. rei iud.* sequantur inquam, in petitione, eædem scilicet, quæ obligationem in ea contrahenda antecesserunt. In actionibus in rem interdum adiicitur certa caussa, ex qua quis rem quam vindicat, suam esse dicit; quod vindicanti liberum est; neque enim est necesse, ut si quis fundum Tusculanum vindicet, & adiiciat, quem emi a Titio, aut qui mihi testamento Titii legatus est. Nulla caussa adiicitur ut plurimum in his ipsis actionibus in rem: in quibus rem suam vindicanti sufficit ad rectam intentionem simpliciter ita agere, ut dicat fundum illum suum esse, qui a te possidetur; petere, ut restituas. *L. in rem*, *D. de rei vind.* §. 1. *Inst. de act.* Ergo si quis in actione in rem hoc iure usus ita egerit, ut simpliciter rem suam esse intenderet, quam petit, nulla scilicet expressa caussa, ex qua rem suam esse diceret; intelligemus, quandocumque is actor victus eandem rem vindicabit postea ab eodem possessore, eandem caussam petendi futuram, quæ in posterius iudicium veniet, eoque agenti obstaturam rei iudicatæ exceptionem, sive simpliciter vindicet ut prius, de quo nulla dubitatio est, sive vindicet nominatim causa adiecta, cur sit dominus; dummodo non novam dominii caussam & post prius iudicium natam alleget, de qua mox. Nec moveri oportebit, quod priore iudicio nulla eiusmodi caussa expressa est. Non est expressa nominatim: sed non eo minus petitione generali eius iudicii comprehensa est. Sic enim egit, ut simpliciter & indefinite rem suam esse diceret. Qui ita egit, qualecunque, inquit Ulpianus, & undecunque dominium acquisitum habuit, ea vindicatione in iudicium deduxit. *L. si mater*, §. *eandem*, in fin. *D. de exc. rei iud.* & ut hoc idem aliis verbis expressit Paulus, *omnes caussæ dominii acquirendi una ea petitione apprehenduntur*. L. & an eadem, §. *actiones*. *D. eod.* Unde scilicet evenire necesse est, ut

15) Menoch. *retin. poss. remed.* 3. *n.* 808. Sicuti nec exceptio rei iudicatæ in summario iudicio obstat agenti ordinario vid. Fachin. 10. *Contr.* 80 Contra quoque Exceptio hæc possessorio recuperandæ obiici nequit, nisi cum reus ideo absolutus petitorio, quia se probavit dominum eo quod tunc notorie constet de dominio, ita Wes. *Cons.* 6. *n.* 62. Fac *L.* 95 *h. t.* add. Menoch. *recup. poss remed.* 9. *n.* 233 *&* *seqq.* *&* *adip. poss. remed.* 1. *n.* 808. *&* *seqq.* Quin & rei vindicatione victus Publiciana, citra metum huius experitur *text. L.* 39. §. 1. *de evict.* nisi prius utramque coniunxisset actionem Zas. ad *L.* 11. §. 4. *h. t.* *n.* 17.

16) Eadem caussa, quoties quæstio priori iudicio terminata revocatur *L.* 7. §. 4. *h. t.* etsi alia sit actio *L.* 5. *h. t.* aliud genus iudicii *d.* §. 4. alius iudex P. Fab. 1. *Semestr.* 21. Langlæ 5. *Semestr.* 2. Zang. *P.* 3. C. 17. *n.* 44. *&* *seqq.* hæc probe explicans.

ut quamcumque caussam dominii dicet postea, qui iterum aget, eam dicat, quam in priorem petitionem & prius iudicium deduxerit. Atque hinc rei iudicatæ exceptio. Quid tamen, si is qui simpliciter fundum suum petierat, dum eum opinatur ex caussa hereditaria suum esse, eam caussam in iudicio persecutus sit; victus autem cum eam caussam probare non posset, nunc ex alia caussa eum vindicare instituat, puta donationis? An non videtur, quasi ex alia caussa petat, esse audiendus, nec metuere debere exceptionem? Sed hæc res, inquit Ulpianus, non parit petitionem novam; hoc ille in *d. L. si mater*, *§. eandem* circa fin. vers. *itaque*. [17] Quippe, ut initio eius §. posuerat, non hic processum prioris iudicii, sed originem petitionis, quæ eo iudicio fiat, spectamus. Porro, inquit, generali petitione dominii omnis caussa, ex qua id haberi potest, in iudicium prius deducta est. Quod si priore iudicio quid petitum est nominatim caussa adiecta; tum potest sequente iudicio idem peti ex alia caussa. Quod si fit; qui iterum ita aget, non summovetur exceptione, non tantum si in personam prius egerit, sed etiam si [18] in rem, eademque actione nunc mutata caussa experiatur. *L. & an eadem*, *§. actiones*. *L. si mater*, 11. *§. 1. D. de exc. rei iud.*

XVII. Sed alia caussa posterior intelligitur dupliciter. Aut enim genere alia est, aut tempore, & utrumvis horum erit, semper vere ut alia caussa, ita & res alia erit, cessabitque ideo exceptio. Genere alia est, veluti, si quod quis suum petiit nominatim tanquam a Titio emptum & traditum, nunc petat tanquam donatum aut legatum a Sempronio. In hoc genere nulla dubitatio est, quin exceptioni locus non sit. *d. L. si mater*, *§. 1.* Sed quanvis genere eadem caussa sit, quæ in posterius iudicium vocatur, si tamen tempore sit alia, nihilominus vere alia caussa est: de qua etiam idem iuris est, quod de superiore. Tempore aliam caussam dicimus, quæ nova prius iudicium secuta est. Quæcunque eiusmodi post priorem petitionem accessit, si ex ea agatur, quanvis caussa sit eiusdem generis cum vetere, ex qua prius actum est, quanvis idem petatur, & res agatur inter easdem personas; tamen non repellet agentem hæc exceptio; dummodo vere nova caussa sit, puta quæ [19] nata sit primum post primum iudicium, non quæ redierit postliminio. *d. L. si mater*, *§. eandem*, *de exc. rei iud.* Exempla hæc sunt varie sparsa sub *eod. titulo*. Cum forte sub conditione res mihi legata esset, medio tempore res mihi empta aut vendita ab herede est quam ideo ex ea caussa petii, nec obtinui. Si postea existente legati conditione petam, exceptio non obstabit: *alia enim caussa fuit prioris dominii*, inquit Ulpianus, *hæc nova nunc accessit*: hoc in *d. L. si mater*, *§. eandem*. Item, qui hereditatem petierat, quia heres non erat, victus est. Post heres factus, puta existente substitutionis conditione; quæ prius non extiterat, si eandem hereditatem petat quanvis ab eodem possessore, negat Iulianus eum exceptione rei iudicatæ summoveri. *L. si is qui. 25.* in pr. *D. de exc. rei iud.* nempe quia petit ex nova caussa quæ nunc primum hereditatem illi detulit. Item, qui se negotiis alienis obtulerat, & in ea administratione fundum nomine domini petierat, victus est. Hanc petitionem cum dominus ratam non haberet, mandavit ei, ut ex integro fundum eum peteret. Si mandatum secutus iterum petat; quanvis petat eundem fundum, & ab eodem possessore, & ex eadem dominii caussa; negat tamen idem Iulianus exceptionem rei iudicatæ obstaturam: quia, inquit, *alia res facta sit mandatu interveniente*: hoc in *d. L. si is qui*, 25. *§. ult. eod.* alia res ideo, quia alia caussa agendi intervenit; & alia, quia nova. Prius enim actor ex nulla caussa & nullo iure agebat. Nunc agit domini mandato quæ idonea caussa est, cur in iudicio nunc consistat. Ad hanc rationem plane referri debet, quod constanter tam multis locis scriptum legimus a veteribus

in

17) Ubi Cuiac. 11. *Obs.* 35. exponit *qualecunque* dominium, id est, sive bonitarium & naturale, sive Quiritarium ac civile. Non satis, nedum ad Iustiniani per *L. un. C. de nudo Quir. iure toll.* sed nec ad Iurisconsulti mentem; ut apparet ex iuncta ratione *L. 14. §. 2 b. t. in fin.* cui olim solum locus in eodem dominii genere. Nam qui in bonis habebat, ex alia caussa eiusdem rei dominium iure Quiritium consequi poterat, imo necesse erat, cum plane diversæ utriusque essent caussæ. Unde & liquet, qui rem antea ceu suam petiit & victus, posse eandem denuo petere ex iure dominio finitimo, quod vulgo utile dominium, veluti quia emphyteuta, nam hic ratio *d. §. 2. in f.* cessat. Tametsi vulgo contra sentiunt arg. *d. §. 5. in f.* quam Zas. ad *d. L. 7. §. 4. n. 16.* communem vocat, Confer *supra Lib. 20. C. 2. N.* 18.

18) Hinc plerumque consultius in rem acturo, ut certam caussam exprimat. Etsi quandoque contra expedire possit, ad hoc ut dominium lite pendente superveniens prosit vid Coras. ad *L. in actionibus 5. le in i.t. iur. n.* 10. Mudæ *in 9 omnium 1. Instit. de act n* 28. *& seqq.* Wesenbec. *ad tit. C. de R. V. n* 29 *& n* 38 *ac seq.* Sig. Scaccia 1 *de iudic.* 50 *n.* 24. lo Pels *Process. tit.* 21. *n.* 25. *& seqq.* Gilken ad *L. 3. C. de eden. n.* 62. Oorecht. *de concip. libell. Cap* 11 *n.* 68. *& 3. seqq.*

19) Unde si qui ante conditionem egerat & victus, postea ea impleta agat, exceptio non obstat *d. §. 4. & L. 13. §. pen. de pign.* Tiraq *in L. boves 89. §. hoc sermone 1. de V. S. limit. 1. n.* 16.

in hac specie. Qui in rem agebat, actionem instituit adversus eum quem possidere putabat: qui quia non possidebat, nec dolo desierat possidere, absolutus est pro eo iure, quo scimus actione in rem non teneri, qui nec possident, nec dolo fecerunt, quominus possiderent. *L. qui petitorio, L. ult. D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Idem reus post eiusdem rei possessionem nactus est, quam ob caussam & prior petitor eam rem iterum ab eo vindicat. Quidni videatur debere rei iudicatæ exceptione summoveri? Nam & vindicatur res eadem, & vindicatur ex iisdem caussis. Ex quibus prius, & res agitur inter easdem personas, quæ eum concurrunt, exceptioni locus est. *d. L. cum quæritur*, 12. & seqq. *L. cum de hoc, D. de exc. rei iud.* Constans tamen veterum sententia est, in hac specie non nocere agenti exceptionem. In hereditatis petitione traditum in *L. si a te*, 9. *eod.* in rei vindicatione in *L. si rem*, 17. *eod.* in actione ad exhibendum in *L. si quis ad exhibendum*, 18. *eod.* Et hoc quia alia res est, ut ratio redditur in *d. L. si quis*, 18. Cur ergo alia res? quia ex nova caussa agitur adversus possessorem: quod cum sit, tanquam in alia re cessare exceptionem diximus. Nec quem moverit, quod petitor dominium petit ex iisdem dominii caussis. Meminisse enim debemus vindicationis seu actionis in rem duas esse caussas: ab actore dominium, aut si quod aliud ius est, propter quod res vindicari potest: a reo unam communem omnium vindicationum caussam, propter quam cum eo agi potest, si possidet: unde cum reum spectamus, dicitur huius possessio in rem actionem parere adversario. [20] *L. unica, C. de alienat. iud. mut. cau. fact.* Esto igitur, qui adversus novum possessorem agit, utatur iisdem dominii caussis, quibus ante. At certe cum de eo nunc agatur, utrum reus possideat, necne, qui ex sua persona teneri incipiat, nova caussa hic adfertur, cur teneri debeat: nempe nova possessio, propter quam etiam nunc eam teneri æquum est: cum de ea non sit absolutus prius, sed de vetere cuius nomine agebatur, quam penes illum non esse constitit.

XVIII. Nondum satis, ut videatur de eadem re agi, id ipsum peti, quod prius, & eandem caussam petendi esse. Tertium accedere oportet, ut sint eædem personæ, inter quas agitur. *d. L. cum quæritur*, 12. & *L. & an eadem*, 14. *L. cum de hoc, de exc. rei iud.* Hinc illa definitio Iuliani aliquoties hic repetita, exceptionem rei iudicatæ obstare, *quoties eadem quæstio*, idest, quæstio de eadem re, & eadem caussa, *inter easdem personas revocatur. L. 3. L. si quis cum, 7. §. pen.* in fin. *D. eod.* Aliæ personæ si erunt, sive alius reus erit, cum quo idem actor victus aget, sive alius actor, qui aget cum victore reo, cessabit exceptio rei iudicatæ. Sint, exempli gratia, plures heredes eius, apud quem res deposita esse dicebatur; & qui se deposuisse dicebat, cum uno herede depositi egerit. Si is victus sit, tamen & cum cæteris recte agit, nec exceptio rei iudicatæ illi obstabit: hoc Paulus in *L. si cum uno, D. de except. rei iud.* Finge e converso eum qui deposuerat, decessisse pluribus relictis heredibus: unum ex his agentem depositi victum esse. Eodem exemplo dicemus, cæteros nihilominus depositi adversus eundem recte acturos, nec obstaturam his exceptionem rei iudicatæ. Item cum eodem testamento legata essent quibusdam, & libertates relictæ, si proponas legatarium legatum petentem superatum esse ab herede, quod testamentum ruptum, vel irritum, vel non iustum diceretur; non ideo tamen, inquit Ulpianus, *præiudicium fit libertati. L. 1. D. eod.* idest, non ideo quibus libertas relicta est, impedientur, quominus de viribus testamenti adversus eundem agant, & libertatem petant.

XIX. Cur ergo hæc ita, si quis quærat; illa ratio redditur a veteribus, quam supra posuimus, quia mutata conditione personarum alia res esse incipit, nec nisi de eadem re agenti nocet rei iudicatæ exceptio. *d. L. & eadem*, 14. in princ. *L. cum de hoc 27. de exc. rei iud.* Quod apertius & pluribus expositum scriptum legimus a Paulo in *d. L. si cum uno, eod.* his verbis: *nam etsi*, inquit, *eadem quæstio in omnibus his iudiciis vertitur*, id est, & res eadem petitur, & petitur ex una & inter plures heredes communi caussa:

20) Add. *L. 3. C. ad exhib.* ubi Sich. *n.* 3. Ant. Fab. 12. *Coniect.* 13. Zang. *P.* 3. *Cap.* 17. *n.* 49. *& seqq.* Neque id tantum ubi hæc caussa sententia expressa, sed & si ex actis apparet *L. 17. h. t.* Zang. *d. C.* 17. *n.* 53 Sicuti & alias sententia lata ratione certæ caussæ, ea cessante inefficax post Bald ad *L. 3. C. ad exhib.* Sich. *ibid. n.* 3. Et reus absolutus ex alia caussa, quam quæ nunc ab actore deducitur, eum exceptione hac non submovet. Zang. *d. C.* 17. *n.* 67. Quin & illum qui succubuit ob ineptitudinem actionis, denuo audiri si eandem apte proponat docet Tiraq. *in L. boves* 89. § 1. *de S. V. n.* 16. *& n.* 18. *per L. 11. §. pen. de instit. act. L. 30. in fi. de pact. dotal. C. coram de rescript. C. examinata extr de iudic. & simil.* Et tradit Bover. *Singul* 52 *n.* 15. etsi reus simpliciter absolutus, si tamen appareat sententiam latam ob ineptitudinem libelli, de integro agenti exceptionem non obstare.

sa: *tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit*. At quomodo aliam rem: eum multum intersit inter rem de qua agitur, & personas inter quas agitur? Ideo aliam, quia etiam inter heredes obligatio & actio dividitur, ut quot sunt heredes debitoris, tot sint singulorum praestationes; quot creditoris heredes, tot sint res, quae singulis separatim praestari debeant. Adde his defensionem & caussae actionem, quae in iudicio exercendo adhibetur; quae ut singulorum propria est in re sua, ita singulorum diligentiae, aestimationi, & arbitrio permittenda est: praesertim cum quominus se quisque in re sua ita gerat, ut vult, alter non possit impedire, ut significatur in *L. saepe*, illic, *Cur igitur*. *D. de re iud.* Redeo igitur ad alias personas, inter quas si iterum agatur, quasi alia res sit, non obstat agenti rei iudicatae exceptio, non in superioribus tantum caussis, quas exempli caussa retulimus, sed in aliis similibus omnibus. Inde illa definitio certi & constituti iuris, *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*, non praeiudicium facere; & quod idem valet, aliis neque nocere neque prodesse; exstat in *d. L. saepe, de re iud. L. 1. de excep. rei iudic. L. Modestinus. D. de exc. tit. C. res int. alios actas & iud. aliis non nocere.*

XX. Habet tamen & haec constitutio suas quasdam exceptiones. Excipiuntur enim hic quaedam tum personae, tum caussae: perpaucae illae quidem; nonnullae tamen, quibus fit, ut res inter alios iudicata aliis prosit aut noceat, dum aut illis eadem datur exceptio rei iudicatae, aut datur adversus hos. In personis sunt victoris rei successores, itemque accessiones omnes, ut fideiussores, de quibus ante diximus. Quod enim dictum est, exceptionem rei iudicatae reo victori quaesitam a persona auctoris etiam ad emptorem transire: *L. si a te, §. ult. D. de exc. rei iud.* eandemque ex persona rei principalis transire ad fideiussores: *L. 7. D. de exc.* nihil aliud significat, quam rem inter actorem & reum iudicatam, actori etiam adversus successorem rei, aut eius fideiussores, proinde adversus alias personas agenti praeiudicium facere; seu quae exceptio rei iudicatae reo quaesita est, eandem actori victo non adversus reum solum, sed & adversus alias istas personas agenti obstare. Cur ergo in his potius nocet exceptio, quam in aliis, qui successores rei, aut fideiussores non sunt, cum & has personas alias esse fateamur? Quia sane natura hae personae aliae sunt; iure autem sunt eaedem, certe pro iisdem habentur. Nam quod ad successores attinet, etiamsi in rem tantum succedant, ut emptores; in locum auctoris succedunt; ut proinde eius persona suscepta eodem iure uti debeant. *L. qui in ius, D. de regul. iur.* Quod attinet ad fideiussores, reliquasque accessiones, sic hae conveniuntur, ut cum conveniantur debitoris nomine, magis in harum persona debitor conveniri, quam ipsae intelligantur, argum. in *L. quod dictum, D. de pact.*

XXI. In eadem caussa sunt maxime actoris victi successores, etiam qui in rem & dominium rei successerunt. Nam & illud, quod ante diximus, exceptionem rei iudicatae nocere ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est: *L. exceptio, D. de exc. rei iud* eandem illam significationem, habet, re inter auctorem & reum de dominio rei iudicata, obstare exceptionem rei iudicatae quanvis inter emptorem & eundem reum, id est, inter alias personas, de eadem re iterum agatur. Sed & hoc eandem illam rationem habet, quam supra dixi, quod emptor, idemque auctoris sui successor ita natura alia persona est, ut iure eadem existimetur, ut quoniam in eius locum successit, eodem iure etiam uti debeat. *d. L. qui in ius, D. de regul. iur.*

XXII. Hoc tamen posterius sic accipiemus, si auctor prius superatus sit, quam rem de qua victus est in alium transferret. Sic enim fit, ut exceptione rei iudicatae iam adversus eum constituta, si rem tradat, vere dicatur qui accepit, in locum victi, proinde & in eandem exceptionem successisse. Quod si auctor iure adhuc suo integro, & necdum victus rem vendiderit, deinde de proprietate eius rei agens victus sit, non nocebit ea res emptori, quominus rem recte vindicet. Successit enim ille quidem in fundum, at non in locum victi, proinde nec in exceptionem, quae nondum adversus auctorem erat constituta. Expositum hoc ius est a veteribus in persona creditoris, qui rem pignori accepit ab eo debitore, qui quandoque de proprietate eius rei victus est. Exempli gratia, debitor fundum quendam suum creditori pignori dedit. Is cum de proprietate eius fundi cum Titio possessore aliquando egisset, victus est, pronuntiatumque est eum fundum eius non esse. Post quod tempus creditor iure pignoris usus eundem fundum hypothecaria actione vindicat ab eodem Titio possessore. Quaeritur, an ex persona debito-

bitoris possit exceptione rei iudicatæ summoveri. Summoveretur enim debitor, si iterum de ea re ageret: creditor autem pignore ab eo accepto in locum eius successit, ut videri possit & ipse eodem iure uti debere. Hic consentiens veterum distinctio est, multum referre, quando debitor de proprietate fundi egerit, ut tum constituta sit adversus eum exceptio, priusne, quam pignus daret, an postea. Si prius superatus est, quam daret; placet creditorem quandoque postea eum fundum ab eodem possessore vindicantem exceptione rei iudicatæ removeri. *L. si mater. 11. §. ult. D. de exc. rei ind. L. si superatus, 3. D. de pignor.* scilicet quia verum est eum, ut in locum victi, sic & in exceptionem adversus victum constitutum successisse. Quod si nondum superatus debitor pignori dedit, ut maxime egerit postea, & contrariam sententiam acceperit, negant veteres nocere debere exceptionem creditori hypothecam postea vindicanti. *d. L. si mater*, *§ ult. L.* [21] *iudicatæ*, *§. ult. D. de except. rei ind.* contraria de caussa, quia, inquit Papinianus, *creditor tum in locum victi successisse non videtur: cum pignoris conventio sententiam præcesserit:* hoc ille in *d. L. iudicatæ. §. ult.*

XXIII. Sed & hoc postremum sic accipiemus, si modo debitor de proprietate fundi pignori iam dati egerit ignorante creditore. Quod si admonito creditore, aut aliter sciente & patiente egerit; placet hic quoque nocere creditori rei adversus debitorem iudicatæ exceptionem non minus, quam si pignoris datio eam sententiam prævenisset. Et generaliter definiemus, quod pluribus disputat Macer in *L. sæpe*, illic, *Scientibus*, *D. de exc. rei iud.* quoties re ab auctore in successorem aliquem translata auctor de proprietate eius rei egit sciente & patiente successore, & victus est; toties quæ adversus auctorem exceptio est rei iudicatæ; eandem & scienti successori nocituram: veluti, si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris; maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ; emptor venditorem de proprietate rei emptæ. Et hæc caussa est, quam ille reddit, quia hi omnes præter quam quod successores sunt, etiam de ea re suo nomine priore loco actionem habent, qua freti potuerunt prohibere auctorem suum, ne ageret. Quod si non fecerunt, sed ultro passi sunt auctorem agere, videtur ex voluntate eorum de iure, quod ex persona agentis habuerunt iudicatum esse.

XXIV. In caussis in quibus res inter alios iudicata aliis præiudicium facit, sunt quæ inde nomen habent, præiudicia seu præiudiciales actiones. Utputa, qui se patronum dicebat, egit præiudiciali actione adversus eum, quem dicebat libertum suum. Cum ille contra contenderet se esse ingenuum, eoque nec huius, nec cuiusquam alterius libertum, is hoc probato ingenuus pronuntiatus est. Traditur rem iudicatam hic pro veritate accipi, ut ingenuus habeatur, de quo sententia ita lata est, quanvis fuerit libertinus. *L. ingenuum, D. de stat. hom.* Quod nihil aliud est, quam hunc perpetuo & inter omnes personas pro ingenuo accipiendum, quandocunque ei, & a quocunque fiet de ingenuitate controversia. Et ut exemplo usitatiore utamur, si mulier, cum negaret maritus eam ex se prægnantem, eo nomine præiudicio egerit, & iudex pronuntiaverit ex eo prægnantem esse: placet partum in ea caussa esse, ut deinceps pro iusto filio agnosci debeat, tanquam suus; idque in omnibus caussis, ut & reliquis filiis sit frater, consanguineis cognatisve cæteris consanguineus & cognatus: idemque in contrarium valere, ut si iudex contra pronuntiaverit, ne partus pro filio habeatur, quanvis filius fuerit: denique placet eius rei iudicem in omnibus caussis, quæ de ea re postea incident, in utramque partem ius facere: hæc in *L. 1. §. ultim. L. 2. L. 3. in pr. D. de agnosc. & al. lib.* Vis hæc est omnis præiudicialis actionis atque hinc etiam, ut dixi, nomen quod pluribus exposuimus ad *§. præiudiciales, Inst. de act.* In hoc genere caussarum est etiam caussa rescissi testamenti, cum agentibus legitimis heredibus adversus scriptum heredem, & hereditatem ab eo vindicantibus, contra testamentum pronunciatum est: pronuntiatum puta, testamentum aut iniustum, aut ruptum, aut irritum, aut inofficiosum, aut adeo falsum esse. Sententia hoc modo contra testamentum dicta, ita aufertur scripto heredi hereditas, atque hac testamento detracta ita constituitur testamentum inutile, ut & legata & libertates, quæ nisi ex testamento valere potuerunt, simul concidant, & ipso iure non debeantur, ut quidem olim ius fuit. Traditum hoc est in caussa inofficiosi

[21]) Vid. Cuiac. 11. resp. Papin. ad *d. L.* 29. P. Fab. ad *L.* 207. *de R. I. pag.* 789. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 29.

passim. De regula Res inter alios iudicata &c. plenius *infra Lib.* 27.

ficiosi testamenti, cum caussa acta inter supra scriptos heredes testamentum inofficiosum pronuntiatum est, nec est provocatum, in *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoffic. testam.* Nihil caussæ est, cur non & hoc ius ad omnes alias caussas pertinere intelligamus, in quibus similiter agitur de viribus testamenti inter superiores heredes, & sententia iudicis contra testamentum pronuntiatur. In omnibus enim ex æquo petitur hereditas. Proinde & olim ex æquo agebatur res apud centumviros. Magnitudo autem & auctoritas centumviralis iudicii par fuit in petitionibus hereditatis omnibus, atque hanc vim habuit, ut non pateretur huic iudicio aliunde præiudicium fieri, ut testatur Iustinianus in *L. ult.* in prin. *C. de pet. her.* Hoc autem de vi superioris sententiæ in hac caussa rescissi testamenti cum dicimus; apparet hoc dici, re inter legitimos heredes & heredem scriptum contra testamentum iudicata, sic rem iudicatam legatariis, & iis quibus eo testamento libertates datæ sunt, nocere, ut legatum aut libertatem postea petentes, quamvis manifestum sit rem agi inter alias personas, tamen non audiantur, & quidem ita, ut nec his quidquam intelligatur deberi vel ipso iure, ut exceptio rei iudicatæ hic non desideretur. *d. L. Papinianus*. §. *ult. de inoffic. testam.* Quod plane ita constitui debuit, si regulas iuris communis sequimur. Nam cum vis omnis testamenti ex heredis institutione pendeat; §. *ante heredis*, *Inst. de leg.* necesse est eversa heredis institutione, quod fit superiore sententia; simul cum ea & testamentum, & cum testamento omnia in testamento scripta everti, nihil ut in eo scriptum valeat: quod & de testamento irrito facto hereditate non adita regula iuris traditum est. *L. eam quam*, *C. de fid.*

XXV. Sed meminerimus huic iuri tunc locum esse, cum petita hereditate res inter heredes legitimos & scriptum heredem acta est, & contra testamentum iudicata. Diversum est, si legatario agente adversus heredem scriptum, ita is remotus sit ab herede, quod diceretur testamentum ruptum, vel irritum, aut non iustum esse, vel aliter non valere, ac tale pronuntiatum sit in ea actione. Non si legatarius, inquit Ulpianus, in hac caussa superatus sit, & pronuntiatum de viribus testamenti, ideo præiudicium libertati sit eo testamento datæ, aut cæteris quibus quid eo testamento relictum est: hoc ille in *L.* 1. *D. de exc. rei iud.* addita nominatim hac ratione, quod res inter alios iudicatæ aliis præiudicium faciant. Cur ergo in hac caussa dissimiliter? Nempe ideo, quod legatarii, & similes quibus quid testamento relictum est, non sunt idonei contradictores, quibus agentibus de iure heredis decernatur: cum de iure tantum suo agant, non de iure hereditatis, ut sive vincant, sive vincantur, nunquam tamen hereditatem scripto heredi auferant, qui ipsi heredes non sunt. Atque hoc ita olim ius perpetuum fuit, quoties controversia de hereditate inter heredes legitimos & heredem scriptum mota contra testamentum pronunciatum est, & hereditas evicta legitimis heredibus. Hodie idem ius valet in cæteris caussis: exceptæ sunt caussæ præteritionis vel exheredationis, propter quas testamentum aut non iustum, aut ruptum, aut inofficiosum pronuntiatum est. Quo in genere ita ius constitutum est a Iustiniano, ut ex caussa præteritionis vel exheredationis rescisso testamento, heredum institutiones infirmentur: at cætera testamento relicta valeant. *auth. ex caussa*, *C. de lib. præt. vel exh.*

XXVI. Sed iam huius loci de re iterum petita summam complectar. Summa igitur hæc sit: cum quæritur qua de re exceptio rei iudicatæ competat, competere eam, cum de eadem re agitur de qua prius actum est: eandem actam videri, cum hæc tria concurrunt, ut petatur id ipsum, quod prius; ut sit eadem petendi caussa, ut quæstio revocetur inter easdem personas. Quæ singula qualia essent, & quid in personis exciperetur satis diximus.

XXVII. Illud iam adiiciemus, consulto tria illa superiora tantum exigi ad rem eandem efficiendam, ut intelligatur exigi quidem omnia, at non plura, dumque illa concurrent, exceptioni locum esse. Quod moneri eo pertinet, ut sciamus nihil ad rem facere genus actionis, ut videatur de eadem re agi, sed de eadem re agere videri eum, qui idem petat, & ex eadem caussa, & ab eodem, quanvis non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed alia, de eadem re tamen, ut pluribus exemplis declaratur in *L. de eadem* 5. *L. si quis cum*. 7. §. *ult. L. seq. D. de excep. rei iud.* Inde definitio Iuliani relata in *d. L.* 7. §. *pen.* exceptionem rei iudicatæ obstare, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere iudicii. Et recte neque enim actiones plures, quæ eiusdem rei nomine, & ex eodem facto competunt, numero suo efficiunt, quominus revera de una & eadem re ex una & eadem caussa competant.

CAP. VI.

De doli mali exceptione, qua ex caussa, quibus, adversus quos, qua de re competat.

Summa huius Capitis. Quae sit praesentis tractationis quaestio praecipua. I.
Exceptio doli duplex: specialis quae. II.
Quae item generalis: caussa huius, actio iure comparata in actore; defensionis aequitas in reo. III. IV.
Aequitatis huius caussae duae summae: & hae natae vel ab initio contractus, aut postea: priores illae quales. V.
Illae prioris generis speciales caussae quatuor, & quae: ex his caussis singulis singulae exceptiones speciales enatae: cum his doli generalis *coniunctim prodita*. VI.
Generalis exceptio doli quomodo cum exceptionibus metus caussa, doli, erroris, pecuniae non numeratae concurrat. VII. VIII.
Caussas quae nascuntur reo postea, duci vel e post secutae liberationis aliquo genere, vel e mutuae praestationis alicuius recusatione. IX.
E post secuta liberatione *caussas exceptionum septem reo emergere*. X.
Primam: *simplicem debiti remissionem pacto inductam expresso*. XI.
Vel tacito. XII.
Vel etiam suprema voluntate. XIII.
Secundam: *solutionem non iure factam. Duplex huius casus, & qualis*. XIV.
Tertiam: *pecuniae debitae amissionem, mora recusantis accipere creditoris factam*. XV.
Quartam; *impedimentum necessarium praestationi obiectum sive natura, sive iure*. XVI.
Quintam: *caussam stipulandi iuste interpositam, eamque sive non secutam, sive finitam. Hoc quale sit*. XVII.
Sextam: *actionem unam iure sublatam, vel per exceptionem ex pluribus competentibus eiusdem rei nomine*. XVIII.
Septimam; *actionem specialem* postea *quaesitam reo. Hoc cuiusmodi*. XIX.
E mutuae praestationis recusatione *nasci reo doli exceptionem, & quare*. XX.
Mutua praestatio, aut est alterius rei, *versatur* 1. *in contractibus mutuis*. XXI.
2. *In sumptibus in rem petitam factis*. XXII.
3. *In quarta Falcidiae debita individuae rei nomine*. XXIII.
4. *In liberatione puri debiti sub conditione legata*. XXIV.
5. *In pecunia debita illi, cui datum est pignus*. XXV.
Aut est ipsius rei petitae; *ut in vendita aliena re*. XXVI.
1. *Cum venditor successit domino: qualis haec species*. XXVII.
2. *Cum dominus successit venditori: hoc item quale*. XXVIII.
Doli exceptio cui competat. XXIX.
Competit adversus omnem petentem contra superiores aequitatis caussas. XXX.
Praeterquam adversus parentes & patronos, eorumque heredes. Adversus hos quomodo liberis cautum & libertis. XXXI.
Competit exceptio doli adversus superiores petitores ex eorum dolo, quorum facto est illis actio quaesita. XXXII.
An & ex auctorum persona doli competat exceptio successoribus, interest quo titulo in rem successerint. XXXIII.
Si oneroso; *non officit illis exceptio doli; & quare*. XXXIV.
Si lucrativo; *secus*. XXXV.
Competit exceptio doli de ea ipsa re, quae petitur. XXXVI.

I. Exceptio doli mali, si summatim breviterque dicendum est, constituta est adversus omnem, qui quid dolo petit quovis modo; prodita ei, a quo quid ita petitur; prodita de ea re ipsa, quae ita petitur; finis constitutae, ut ne hic dolus petenti prosit, reo unde petitur, noceat, quae indicantur in *L.* 1. *L.* 2. *§. item quaeritur*, *§. & generaliter*, *L. dolo*, *D. de dol. mal. exc.* Ita in omnibus his partibus summa quaestio una est, atque huc redit, ut norimus, quis quid dolo petere intelligatur. De quo ex caussis huius doli statuendum est. Is enim dicendus est dolo petere omnino, adversus quem iusta aliqua caussa est propter quam id ita facere existimetur. Sunt autem hae caussae ita, ut est genus exceptionis.

II.

II. Exceptio doli [1] duplex est; specialis, & generalis. Specialis est ea, [2] quæ nascitur ex eadem caussa, ex qua actio de dolo: cum quis scilicet ab initio dolo alterius circumventus quid contraxit, gessit, ubi si deceptus quid iam amisit, & alia actio non est, habet actionem eo nomine de dolo adversus eum, qui decepit, rebus autem integris si conveniatur, habet [3] doli mali exceptionem: de qua *Inst. de except.* in prin. *L. dolo, C. de inutil. stipul.* Specialis ergo hæc exceptio est, quæ unam hanc caussam habet, si quid ab initio gestum sit dolo malo, & statim ab initio in re gerenda ex hoc ipso dolo nascitur. In quo si quæratur, quid hic videatur dolo fieri, eadem præcepta sunt, quibus [4] in actione de dolo explicanda usi sumus, quando & illa ex eadem caussa & facto nascitur.

III. Est, ut dixi, & doli exceptio quædam generalis, competens ex omni caussa, propter quam quid dolo quoquo modo petitur, quanvis re ab initio dolo [5] non contracta, ut indicatur *L. 2. §. & generaliter. L. 4. §. penult. D. de dol. mal. excep.* Huius caussa describitur a Paulo in *L. 1. D. eod.* Cum enim ideo hanc exceptionem propositam esse a prætore, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem æquitatem prosit; satis significat caussam huius exceptionis esse hanc, si quis quid petat per occasionem iuris civilis contra æquitatem naturalem; in hac petitione dolum esse petitoris, hinc reo doli exceptionem, ne hic is dolus ei noceat, actori prosit. Dicitur autem quis petere per occasionem iuris civilis, qui actionem habet ipso iure civili comparatam, cuius iuris occasione & auctoritate nunc utitur ad petendum: petere autem contra æquitatem naturalem, qui iure quidem civili summo, seu subtilitate iuris actionem habet: sed ita ut non sit æquum natura reum eo nomine teneri, ut plane his verbis Pauli contineatur id, quod Iustinianus de caussa omnis exceptionis posuit in principio *tit. Instit. de except.* hinc exceptioni tunc locum esse, cum iusta est, id est, iure comparata persecutio; sed iniqua adversus eum, cum quo agitur. Recte autem dicimus in hac petitione dolum actoris versari, seu quod ita petitur, dolo peti ex definitione doli. Nam si dolus est omnis machinatio, & factum omne adhibitum alterius decipiendi caussa, cum aliud agitur, & aliud simulatur, ut recte Servius definivit; *L. 1. D. de dol.* non potest, quin in hunc dolum incurrere intelligatur, quæcunque est petitio eiusmodi, qualem diximus. Etenim qui ius civile obtendit, ut aliquid petat, hoc prætextu simulat se maxime iuste agere, eodemque prætextu utitur, ut per speciem iuris extorqueat reo, quod non debet, id est, ut eum hac machina in fraudem illiciat; re autem vera id agit, ut iniuriam faciat. Verum est enim proverbium vetus, summum ius summam esse iniuriam, denique summum ius ab æquitate dissidens ius non est: unde ius recte definitum ab Ulpiano, ars æqui & boni. *L. 1. D. de iust & iur.*

IV. Ergo, ut ad caussam huius exceptionis redeam, exceptionem doli generalem duæ res iunctæ [6] constituunt; ab acto-

1) Ita & noster ad *L. 8. C. de non num. per. n. 25. & seqq* Cels. Bargal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 8.* ubi *n. 6. & 7.* alias aliorum divisiones percenset, sed eas rectius subdivisiones statui ostendit.

2) Sed specialem duplicem facit Bargal. *d. C. 2. n. 10.* Aliam directam, quæ immediate ex negocio doloso, qua de hic noster. Aliam subsidiariam, quæ in locum alterius deficientis accommodatur. Ut quæ datur ex pacto alterius alteri, unde per iuris regulas exceptio pacti dari nequit, ut *supra C. 4. N. 4*

3) Quando nempe contractus ipso iure tenet, ut stricti iuris indistincte; bonæ fidei autem si dolus incidens, non si negocio caussam dedit *L. 10. §. 2. de pact. vid. supra Lib. 12. C. 7. n. 11 N. 4.* Zang. *P. 3 C. 13. n. 12. & seqq.* Eademque exceptio, etsi ex secundo contractu, in quo dolus non adhibitus, celebrato tamen ad confirmationem prioris dolosi, agatur, ut post Cravet. *Cons. 142. n. 13.* Poller. *addit. ad Marant. p. 6. memb. 9. n. 25.* quod dignum notatu.

4) Unde hæc exceptio specialis æque odiosa Bargal. *Lib. 4. de dolo C. 2. n. 12. & Lib. 6. reg. 30. n. 4.* Non tamen æque famosa, ceu vult Zas. *in L. 2. §. ult. h. t. n. 4.* & indistincte de hac exceptionem adeoque etiam generali, Zang. *P. 3. C. 11. n. 103.* sed opinionem suggillat *L. 4. §. 16. h. t.* & ita infamiam facti infligit Bargal. *d. C. 3. n. 13. & n. 75.* Nec eadem omnino exprimenda ita excipienti quæ agenti de dolo, si recte Bargal. *d. C. 2. n. 89. & 2. seqq.* Ac ubi non plene securus est quis hac exceptione, de dolo quoque actionem habet ad rescindendum negocium dolosum. De quo & quando hæc exceptio cum actione doli concurrat Bargal. *d. C. 2. n. 80 & 3. seqq.*

5) *L. 36. in fin. de V. O.* Unde hæc Generalis exceptio non semper datur dolum passo, sed sæpe impedit obiecta, ne dolo circumveniatur reus Bargal. *d. C. 2. n. 41.* Et ut competat non requiritur, ut dolo quid antea admiserit actor, sed modo non recte agat Hart. Pist. *Lib 3. Q. 11. n. 7* Nam etsi cum initetur negocium, nulla machinatione usus actor, tamen postquam contractus inutilis redditus, ex. gr. pacto interposito ne peteret, & inde actio inefficax; quia scit æquitatem exceptionis suæ petitioni obstare; petendo in dolo versatur. Foller. *addit. ad Marant. p. 6. memb. 9. n. 21.* P. Fab. *ad L. 177. de R. I.*

6) *L. 2. §. pr. in fin. si quis caut.* ne & dolus auctori quæstuosus sit, cum iniuria decepti & boie simplicitas damnosa, Foller *d. loc. n. 20* Zang. *p 3. C. 13. n. 9.* Bargal. *4. de dolo 2. n. 4. & n. 13.* Nam hæc ut Cuiac. *22. Obs. 8. & 3. Pauli ad edict. in L. 24. pr. de rec. arb* asperitatem iuris civilis moderatur *L. 1. §. 1. h. L. ult. C. Pro empt.* rem temperat & emendat *L 28 § 2 de iurei.* Unde Cyrillo dicitur [illegible]. Naturalior & non nimis perquirens rigorem iuris. Quare ei & in foro mercatorum locus Foller. *d. n. 20.* Cumque iniquam ac calumniosam petitionem submoveat, inde non obiectam officio iudicis suppleri agentemque repelli posse docet Bargal. *d. C. 2. n. 65.* omnes ita, excepto Fulgosio, sentire testatus, per *l. 38 L. ult. in fin. de pet. her.* Quod admiserim in iudiciis bonæ fidei, vix in aliis vid.

actore actio illi iure ipso comparata; a reo naturalis æquitas, quæ illum defendat, faciatque, ut æquum non sit eum teneri, & simul ut adversus hanc æquitatem iniqua sit petitio. Hanc caussam summam huius exceptionis eleganter expressit Papinianus hac definitione; *qui æquitate defensionis*, inquit, *infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*. L. qui æquitate, 12. *D. de dol. mal. exc.* Oritur hæc æquitas defensionis & ipsa ex suis caussis: ut scilicet tum huic æquitati locus sit, cum iusta aliqua caussa est, propter quam statuamus non esse æquum reum teneri. Hæ caussæ numero prope infinitæ sunt, tractatione veterum, qualis extat in Pandectis sub eodem titulo, valde confusæ & incertæ; suis autem & certis generibus comprehensæ ad nonnullam regulam certitudinis revocari possunt. Quod nunc 7 facere, ut & in aliis partibus, conati sumus.

V. Earum igitur caussarum æquitatis, quæ hanc exceptionem tribuunt, duo genera sunt, eadem scilicet, quæ & peremptoriarum exceptionum esse supra diximus, etsi speciebus ipsis plurimum differunt. Quædam una cum ipso contractu originem habent: quædam nascuntur postea. Nascuntur cum ipso contractu, quæ contractui caussam præbent: quæ eædem intervenientes in principio faciunt, ut iam ab initio reus æquitatis iure non debeat teneri. Denique illæ ipsæ, ex quibus peremptorias exceptiones speciales ab initio nasci suo loco diximus.

VI. Hæ sunt autem maxime quatuor, metus, dolus, error, spes pecuniæ mox accipiendæ & non acceptæ, cum hæ res contractui caussam præbuerunt: dum quis scilicet quid contraxit, gessit aut coactus metu, aut deceptus dolo, aut errore falsæ caussæ inductus, aut dum sperat se pecuniam mox accepturum, cavit se accepisse, quam non accepit. Sunt ex his caussis singulis singulæ exceptiones speciales proditæ, metus caussa, doli mali, in factum, pecuniæ non numeratæ, ut in enumeratione peremptoriarum exceptionum supra ostendimus. Hoc dicimus, ex iisdem caussis singulis paratam esse & doli mali generalem exceptionem, quæ cum his concurrat, & quam prout reo visum erit, liceat agenti opponere. Declarat id illa definitio Papiniani superior, eum qui æquitatis defensione infringere actionem potest, doli exceptione tutum esse. *d. L. qui æquitate, D. de dol. mal. except.* Nam qui superiores exceptiones habet, æquitatis defensione tutus persecutionem, ut iniquam removet. *Inst. de exception.* in prin. Declarat apertius Ulpianus definiens generaliter, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem; & dolo facere omnem, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, 8 petit. *L. 2. §. & generaliter. D. eod.* Non facit quidem dolo actor, nisi cum adversus has caussas petere instituit, præsertim si inter initia nihil dolo fecit; ut accidit ei, qui eodem errore quid stipulatus est, quo reus promisit, aut qui pecuniam mox numerare cogitans, pecuniæ tanquam iam numeratæ cautionem admisit. *dict. Leg. secunda, §. & generaliter*. Sed non eo minus huius exceptionis caussæ in superioribus factis iam ab initio reo constitutæ sunt, quandocumque actor contra petere volet, atque adeo quanvis nunquam agere instituat.

VII. Sunt igitur ex his caussis omnibus statim ab initio ut reliquæ speciales exceptiones, ita & hæc doli simul nata exceptio, qua reus quandoque suo iure uta-

vid. *supra C. 2. N. 11.* Hinc etiam exceptionem hanc nunquam dari malæ fidei possessori vult Io. Garsia Gallecus *tract. de Expensis C. 5. n. 7.* Qui enim fieri potest, ait, ut ea iuvetur, qui ipse dolo fecit. Sed contrarium verius, per ea quæ *supra Lib.* 20. *C.* 7. *n.* 7. *&* *n.* 23. vid. Bargal. *d. C. 2. n. 67. & 3. seqq.*

7) Et vere artificiosa hic dispositio, longissime præstans ea, quam Bargal. *Lib. 4 de dolo C.* 2. servat, exceptiones has fuse, sed admodum impedite pertractans.

8 Cuiac. *Par. b. 1.* Bargal. *Lib.* 6 *de dolo reg.* 30. *& seq.* Non tamen aliter, nisi cum scit actor adversarium exceptione aliqua tutum esse, eumque, saltem eo tempore quo agit, in dolo versatur, eo ipso quod petit, ut *supra n. 3. N. 6.* Secus si ignorantia talis in eo ut dolo careat *d. L. 2. §. 5. in fin.* Quare quando ignorantia probabilis est heredi *L. 42. de R. I.* si is, (contra pactum defuncti de non petendo ex. gr.) experiatur, caussam, cur non debeat petere, nesciens, is sane exceptione alia, quæ defuncto obstitit (ex. gr. pacti) recte submovetur. Ast non item hæc exceptio doli generalis ei recte obiicietur, licet defuncto si ipse egisset (qui pactum ex. gr. iniit) obiici potuisset per *d. L. 2. §. 5. in fi. L. 177. §. 1. de R. I.* ubi Petr. Fab. *& ad L. 63. eod.* Foller. *addit. ad Marant. P. 6. memb. 9. n. 21.* Gœd. *de Contr. stip. C. 8. n.* 124. Cavendum itaque ne incautis imponat nimis generale dogma eorum, qui hanc exceptionem ita latissime manare scribunt, ut omnibus negociis, omnibus iudiciis & ubicunque iusta alia exceptio est, accommodetur in quibus Cuiac. 3. *Pauli ad edict. in L. 24. pr. de rec. arb.* & Bargal. *d. Lib. 6. reg.* 31. Ut enim ei qui in dolo nec antea versatus est, nec petendo dolose facit, doli mali exceptio, vel generalis obiici possit, nulla iuris vel naturæ ratio sinit. Facessant vero qui sufficere volunt si dolus in re sit, extra propositum agentis. Is enim certe dolus malus non est vid. *supra Lib.* 15. *C.* 41. *N.* 5. Cæterum hæc exceptio concurrens naturam eius æmulatur, in cuius locum succedit. Bargal. *d. Reg.* 30 *supra Lib.* 14. *Cap.* 38. *n.* 11. *post med.* Unde si in locum alterius non odiosæ successit, nec hæc odiosa *ibid. n. 5. & Lib. 4 C. 2. n.* 13. De quo vulgaris distinctio est: Odiosam censeri, quando contra ius commune competit, ut cum datur loco exceptionis Senatusconsulti Macedoniani. Secus quando ex æquitate iuris naturalis, quæ dictat ut succurratur decepto, ut cum succedit loco exceptionis metus. Cagnol. in *L. 2. C. de resc. vend. n.* 68.

uratur, sicut & cæteris eum usus tulerit. Etsi autem ad hunc concursum probandum satis esse possunt superiores definitiones, quæ generales sunt: tamen ut concursus ille & coniunctio fiat certior, operæ pretium est spectare singulas istas speciales exceptiones, & observare de singulis nominatim esse traditum, ei qui ex his unam aliquam habeat, simul tribui exceptionem doli mali; nec solum tribui, sed etiam tribui eodem iure, nisi si quid hac parte distat forte exceptio metus caussa, ex quo etiam quid speciales illæ tribuant intelligetur. Ergo qui metus caussa quid promisit, habet metus caussa exceptionem. Sed & huic proposita est exceptio doli generalis, par cæteris rebus: tantum hoc distat a priore, inquit Ulpianus, *quod exceptio doli personam complectitur solum eius, qui dolo fecit: enimvero metus caussa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus caussa factum est*, significans quod indicat postea, exceptionem doli in hac specie obiici tantum posse ei qui metum intulit, non etiam eius successori qui nihil metus causa, nihil dolo malo fecit: exceptionem autem metus causa 9 non auctori solum, qui metum adhibuit, sed & successori eius, ad quem res ab illo pervenerit, obiici posse: hoc ille in *L.* 4. §. *penultim. D. de dol. mal. except.* Si quis quid promiserit deceptus dolo, huic certum est constitutam esse exceptionem doli mali, & eam specialem; quippe quæ iam ab initio nata sit ex dolo, non aliunde. *Inst. de except.* Dicemus & huic propositam esse generalem exceptionem doli, nisi esset inutile & supervacuum. Quorsum enim adhiberi generalem istam, cum specialis in hac re non solum idem exprimat quod generalis, sed etiam cum ad specialem dolum referatur, qui initio intervenit, id faciat multo & certius & efficacius? Obiter notandum, ex hac caussa esse illam exceptionem doli, quæ commemoratur in *L. si procurator*, 9. *D. de dol. mal. exc. Si procurator rei*, ait Paulus, *pecunia accepta damnari se passus sit, & cum domino iudicati agatur* (agi enim summo iure potest. *L.* 4. in pr. *D. de re iud.*) *tuebitur se doli mali exceptione.* Unde ergo hæc exceptio? nempe ex eo, quod actio ista iudicati iam ab initio adversus dominum hunc constituta est dolo adversarii, unde specialis illa doli exceptio, ac propter hanc si quis vult etiam generalis.

VIII. Et qui errore lapsus stipulanti promisit, quod non debuerat promittere, ei exceptio est in factum composita ad impugnandam actionem, qua iure civili tenetur ex stipulatione: de qua specie est in *Inst. de exc.* in pr. Sed & hic, si vult, doli exceptione utitur; quod diserte Ulpianus scribit in *L. si quis cum aliter*, 36. *D. de verb. obl.* Et quidem ad hunc errorem referri debet illa exceptio doli apud eundem Ulpianum in *L.* 2. §. *circa. D. de dol. mal. exc.* cum ita scribit: *si quis sine caussa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur; exceptio utique doli mali ei nocebit.* Id sic accipiemus, si modo quod sine caussa promisit, promiserit 10 per errorem, dum caussam promittendi putabat subesse, quæ nulla erat: ut, si heres decem testamento legata legatario stipulanti promiserit, cum ignoraret ea adempta esse codicillis. Nam qui nullam caussam subesse sciens, qua cogeretur, nihilominus volens promisit, iure ita tenetur, ut nec solutum possit repetere, *L. indebitum, C. de cond. ind.* nec rebus integris si conveniatur, habeat exceptionem; quia donare voluit. *L. Campanus, D. de oper. lib. L. in summa*, §. 1. *D. de cond. ind.* Huius erroris exemplum est in *L. ult.* in pr. *D. de dol. mal. exc.* in illo patre homine rusticano, qui cum se putaret usuras dotis a se pro filia promissæ ex mora debere, chirographo cavet a se debitas: cum tamen in iudicio dotis usuræ citra conventionem non deberentur nisi ex mora, proponeretur autem pater in dote solvenda moram non fecisse. Quem ideo ait Scævola, si ex chirographo conveniatur, exceptione doli mali se tueri posse. Nec illi obstabit, quod forte in iure erraverit, nam iuris error 11 rusti-

9) Et in exceptione metus sufficit allegare metum adhibitum in contractu celebrando, nec oportet designare personam, quæ eum intulit, nec quæ passa est, si recte Foller. *addit. ad Marant. P.* 6. *memb.* 9. *n.* 34. (ubi & huic inter mercatores locum dat) & Bargal. *d. C.* 2. *n.* 78. Fac. *L.* 14. §. 3. *D. Quod met. ca.* Unde *ibid.* Bargal. & Zang. *P.* 2. *Cap.* 23. *n.* 101. *& seqq.* filio quoque contra patrem (nisi in eius potestate sit & in rebus peculiaribus metus illatus *d. L.* 4. §. *ult.*) & liberto contra patronum, exceptionem metus non negari, cum non ita, ut exceptio doli, opinionem suggillet. Quod ita admiserim, modo non parens ipse metum intulisse arguatur.

10) Ex. gr. si fidem testamenti secutus 100. promisit, nescius 50. codicillis adempta. Don. ad *d. L.* 36. *n* 4. Magni vero erroris caussam interpretibus præbuit *d. L.* 2. § 3 qui simpliciter stipulationem sine alia caussa non valere, caussæve errore & falsitate semper vitiari commenti sunt, vid. Goed. *de Contr. stip. C.* 3. *Concl.* 5. *& supra Lib.* 14. *C.* 36. *N.* 12.

11) Sed Menoch. *Arb. Cap.* 194 *n.* 55. caussam decisionis *d. L. ult. pr.* non in rusticitate ponit, quæ ex facto evenit, sed in ipsa caussa usurarum in ea specie erronea & indebita. Apparet autem hic nostrum sentire, qui errore iuris promisit exceptione hac erroris se non tueri.

rusticis non nocet. *L. regula. D. de iur. & fact. ign.* Sed hæc species nonnulla cautione indiget. Neque enim qui quid indebitum per errorem promisit, semper eo nomine exceptionem habet: idque ius & ad exceptionem doli, & ad exceptionem in factum, si quis ea in hac re uti malit, ex æquo pertinet. Quod ergo dicimus, si quis sine caussa per errorem promiserit, quæ non debebat, eum adversus stipulatorem exceptionem habere sive in factum, sive doli: tum sine exceptione verum est, cum promisit ei cui se debere putabat, neque debebat, quæ species est *d. L. si quis cum aliter, D. de verb. obl. L. 2. §. circa, L. ult.* in pr. *D. de dol. mal. exc.* Quod si quis promisit per errorem, quod quidem non debebat; sed promisit ei, cui sciebat se non debere, delegatus puta ab eo, cui se tantumdem debere existimabat: hic [12] distinctione utimur. Nam si ab alio delegatus promiserit vero creditori eius, qui delegavit; quisquis in promittente fuerit error, dum se deleganti putabat debere, quod non debuit, nec si a debitore delegante circumventus reus datus sit, ullam exceptionem habet adversus creditorem: quia ille suum petit: nihil autem dolo facere videtur creditor, qui suum recipit, ut est regula iuris. *L. nihil dolo, D. de reg. iur.* Quid ergo, peribit res sua erranti, & impune fraudem patietur, qui nihil debuit? Immo res ei salva erit, sed adversus eum qui delegavit, cui se putavit debere, & cuius nomine se alii reum fecit. Aget igitur cum eo incerti, ut se liberet, si nondum solvit; aut pecunia soluta, eam condicet, vel repetet iudicio mandati: hoc ita magno consensu traditum de hac specie his locis. *L. 4. §. item quæritur, 19. L. pure, 5. §. pen. D. de dol. mal. exc. L. si quis delegaverit, 12. L. doli, 19. D. de nov. L. si donaturus, §. 1. D. de cond. caus. dat. L. Nesennius, D. de re iud.* Enimvero si is qui deleganti se debere putabat, nec debebat, delegatus promiserit ei, cui & ipsi a delegante nihil debebatur: placet promissorem etiam hic adversus petentem exceptione doli mali uti posse. Idemque esse, etsi delegatus sit ab eo, cui delegans donatum volebat. Et amplius utroque casu promissorem cum stipulatore agere posse, ut se liberet: hoc in *L. Iulianus, 7. D. eod.* Æquitas hæc est, quod stipulator ex utraque caussa id agit, non ut suum recipiat, cui nihil abest de suo; sed ut locupletetur ex alieno, idque cum iniuria & damno promissoris. Natura autem hoc æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *L. nam hoc natura, D. de cond. ind.* Non minus ei cui exceptio est pecuniæ non numeratæ, ex eadem caussa est [13] exceptio doli mali, caussa ab initio constituta eadem, quæ & exceptionem pecuniæ non numeratæ peperit, *L. 3. C. de non num. pec.*

IX. Atque hoc primum genus est earum caussarum, quæ æquitate defensionis exceptionem doli mali reo tribuunt. Alterum genus erat earum, quæ nascuntur reo postea. Earum item duo genera sunt inferiora. Nascuntur enim aut ex genere quodam liberationis post secutæ, aut tum cum agitur, ex mutuæ alicuius præstationis recusatione. Ex genere liberationis post secutæ nascitur æquitas defensionis ad doli exceptionem, cum re & actione ab initio utiliter constituta, incidit postea aliquod factum, quod quidem reum ipso iure non liberet; sed tamen eiusmodi sit, propter quod æquum sit reum non teneri, ut consequens sit, si is non liberetur ipso iure, at saltem tutum esse debere per exceptionem, quæ doli exceptio est, æquitatis defensionem illam habens quam dixi: unde evenit, ut sint hæc facta non iusta liberatio, sed quæ re exceptionis vicem liberationis obtineant.

X. Hæ caussæ atque hæc facta sunt fere numero septem; Remissio simplex debiti: Solutio interdum; nonnunquam Amissio pecuniæ debitæ; alias Impedimentum præstandi necessarium obiectum reo; alias Caussa stipulandi non secuta; alias Actio sublata una ex pluribus, quæ eiusdem rei nomine competebant; postremo omnis exceptio specialis ad liberationem reo postea quæsita. Hæc non simpliciter, nec eodem modo ad exceptionem doli valent, nec una & eadem ratione æquitatis continentur. Proinde faciendum est, ut hæc ipsa, eiusmodi sint singula, eodem ordine breviter consideremus.

XI. Prima igitur huius generis caussa ad liberationem, quæ per exceptionem con-

tueri. Cui tamen eam rectius non negat Zang. *P.* 3. *C.* 13 *n.* 10 *& seqq.* Quod & consequens videtur iis quæ *supra Lib.* 1. *Cap.* 21. *n.* 14. *& seq.*

12 Conferatur, de hoc plenius tractans Bargal. *Lib.* 4. *de dolo Cap.* 2. *n.* 35. *& seqq.* add. *supra Lib.* 16. *C.* 30. *n.* 27.

13) Ubi exceptio doli lapso quoque biennio superesse communius traditur referente & probante Bargal. *d. C.* 2. *n.* 76. *& seq.* Contrarium firmatum *supra Lib.* 14. *C.* 38. *n.* 11. *& seq.*

contingat, est remissio debiti simplex ab eo ad quem ea res pertinet in reum collata. Remittit debitum, qui nuda voluntate declarat se nolle reum amplius teneri. Remittitur debitum hoc modo aut pacto, aut suprema voluntate. Pacto nominatim, cum aperte convenit inter debitorem & creditorem, ne pecunia petatur. Hæc pactio iure ipso non tollit obligationem, quæ solo pacto contracta non est. Sic enim regula est naturæ, ut quibus quidque modis colligatum est, iisdem & dissolvatur actis in contrarium. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Sed quia natura æquum est pacta servari; ideo placuit pactionem saltem valere ad exceptionem; quæ exceptio ex re dicitur pacti conventi, *§. preterea*, *Inst. de exc.* *L.* 1. in pr. *L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *D. de pact.* Hinc liberationis quoddam genus, cuius æquitas una secum adfert doli exceptionem. *L.* 2. *§. item quæritur*, *D. de dol. mal. excep.* Huius pacti species est, cum eadem quantitas annua vel aliter sæpius repetita promittitur ad tempus, aut constituitur servitus itidem ad tempus. Quæ enim ita promittuntur, constituuntur, apparet in his hoc agi, ne post tempus prætinitum debeantur. Hæc etsi verborum significatio & conventio est; tamen ad tempus obligatio constituta, nihilominus iure perpetua est: quia ut tempore & pacto non constituitur obligatio, ita nec tempore nec pacto solvitur, ut dixi. Sed tamen & hic quoque conventio servanda est. Atque hinc etiam adversus eum, qui post tempus petat, placet [14] eandem illam exceptionem paratam esse tum pacti conventi, tum doli mali. *L. obligationum fere*, illic, *placet*, *D. de obl. & act.* *L.* 4. *D. de ser.*

XII. Ac minor dubitatio est, cum quid istiusmodi nominatim convenit, quale supra. Sed quod præcipue in hac remissione monendum fuit, hoc amplius dicimus, etsi quid remissum sit tacite voluntate eius ad quem res pertinebat, non minus propositam hic esse doli mali exceptionem adversus eum, qui contra quam consenserit, petat, undecumque voluntatis coniectura ducatur. Cuiusmodi exemplum proponitur in fructuario, in *L.* 4. *§. quæsitum*, 12. *D. de dol. mal. exc.* Qui usumfructum fundi habebat, domino proprietatis fundum vendituro consensit, ut venderet Titio. Si fructuarius usumfructum postea vindicet ab emptore, vindicanti exceptionem doli obiici posse placuit. Unde igitur hæc exceptio? Ex remissione fructuarii tacita per consensum superiorem usumfructum quem habebat, in eo fundo remittentis. Voluntatis coniectura ex consequentibus. Nam qui voluit, quod est consequens, omnino & id velle intelligitur, quod necessario antecedit, & sine quo ad id quod voluit, perveniri non potest. *L.* 2. *D. de iurisd.* *L. illud*. *D. de acqu. her.* Atqui ex venditione non potuit fundus alienari, nisi & dominium & dominii pars omnis transfertur; proinde & fundi ususfructus, qui dominii pars est. *L.* 4. *D. de usufr.* Neque vero potuit hic ususfructus a venditore transferri, nisi eius factus; nec potuit eius fieri, nisi a fructuario remissus. Quare qui alienationi fundi consensit, simul quod ad utilem alienationem prius necesse erat, eius fundi usumfructum venditori remisisse intelligendus est. Eiusdem consensus taciti ad remissionem exemplum est in pœnali stipulatione commissa. Promisit quis se quid daturum, & nisi dedisset, promisit pœnæ nomine decem: non dedit, atque ita pœna commissa est. Stipulator utrumque petit, & rem promissam & pœnam. Secundum verba recte utrumque quia coniunctim hæc ita promittuntur, Pamphilum dabis? & si Pamphilum non dederis, decem dabis? Sed placuit eum, qui utrumque petat, exceptione doli esse repellendum: iniquum enim esse utrumque consequi: hoc ex Labeone in *L.* 4. *§. Labeo*, 7. *D. de dol. mal. exc.* Cur ergo iniquum? quia contra quam a contrahentibus actum est: quæ mens contrahentium coniicitur partim ex conditione pœnalis stipulationis, partim ex natura pœnæ. Ex conditione; quia sic pœna promittitur, si illud datum non erit: quæ conditio facit, ut si illud idem nunc petatur, & ex petitione detur, pœnæ locus non sit, cuius conditio non exstiterit. Ex natura pœnæ; quia pœna quæ est delicti coercitio, ibi nulla potest, aut certe nulla debet esse, ubi nullum est delictum. *L. aliud est fraus*, *D. de verb. sign.* Nullum autem delictum est promittentis, si semel cœperit dare, quod promisit. Ex quibus intelligitur id actum esse, ut stipulator quidem eligere possit, utrum petat; sed cum unum petierit, huius petitio alterius liberationem adferat saltem per exceptionem. Eadem stipulationis pœnalis

14) Vid. *supra Lib.* 11. *C.* 10. *n.* 15. *& seqq.* *Lib.* 15. *C.* 9. *n.* 5. *N.* 1.

nalis interpretatio eſt, cum creditor pactus eſt ne peteret; & ſi petiiſſet, promiſit pœnam. Nam cum verba coniunctim hic tribuant debitori & exceptionem, ſi ab eo petatur, & ſimul ex ſtipulatu actionem ad pœnam petendam: tamen placuit hic quoque debitorem [15] alterutra via contentum eſſe debere, etſi ex cauſſa pacti exceptione utatur, vel eum accepto ferre debere ſtipulationem, vel ſi poſtea pœnam petat, exceptione doli ſummovendum; quia hæc tacita mens ſit contrahentium. *L. reſcriptum*, §. 1. *D. de pact.* Etiam diſſimulatio creditoris interdum taciti pacti ſignificationem habet, atque hinc etiam doli exceptio: ut in ſpecie *L.* 4. in pr. *D. de dol. mal. except.* de qua illic ita ſcriptum eſt: *ſi enim Titio mandaſſent creditores hereditarii, ut adiret hereditatem, unus non mandavit decipiendi eius cauſſa, mandaturus alioqui, ſi non foret hic aditurus.* Ait Celſus, ſi hic deinde agat, doli eum exceptione repellendum. Nempe ideo, quod diſſimulans idem voluit, quod cæteri; aut ſi de eo dubitetur, quod ambigue factum videri poteſt, ſic accipiendum erit, ut auctori noceat, *L. ſtipulatio iſta*, §. *in ſtipulationibus*. 3. *de verborum obligation.*

XIII. Quæ pacti vis eſt ad remittendam actionem, atque hinc tanquam ex naturali quadam liberatione ad comparandam reo doli exceptionem: eadem eſt & ſupremæ voluntatis, ſi quid teſtator noluit heredem ſuum petere, ſive nominatim eum petere vetuit, ſive debitori liberationem legavit. Hæc voluntas non magis debitorem liberat, quam creditoris pactum. Hic enim valet eadem illa regula iuris; ut quæ obligationes nuda voluntate contractæ non ſunt, nuda voluntate diſſolvi non poſſint. *d. L. nihil tam naturale*, *D. de reg. iur.* Sed quia præcipue voluntates ſupremæ ſervandæ ſunt. *L. vel negare*, *D. teſt. quem aper.* quæ hic voluntas iure ipſo valere ad liberationem non poteſt, ſequitur, ut ſaltem ſervari debeat [16] per exceptionem: & hæc doli exceptio eſt. *L.* 4 §. *præterea*, 10. *L. dolo*, *D. de dol. mal. exc. L.* 3. §. *nunc de effectu*, *D. de liber. leg.* Iam quod conſenſus tacitus facit inter vivos, id multo magis efficit nuda voluntas teſtatoris ad remiſſionem debiti, & exceptionem doli mali hinc inducendam. Exemplo ſit ea ſpecies, quæ refertur in *L. ult.* [17] §. 1. *D. de dol. mal. exc.* Ubi cum teſtator legaviſſet quædam debitoris ſui heredibus, & adieciſſet ſe plura legaturum fuiſſe, niſi pater legatariorum ſibi iniuriam feciſſet in certa ſumma deneganda, quam illi mutuam dediſſet: reſpondit Scævola hac adiectione videri his legatariis remiſſum debitum paternum, itaque heredes defuncti ſi ab his petantur, contra voluntatem facere videri, & doli mali exceptionem his obſtaturam. At unde colligitur id ſenſiſſe teſtator, qui de re nihil cavit, ac potius nominavit debitum, de quo etiam non reddito queſtus eſt? Nempe ex eo, quod hac adiectione ſignificavit, ſe quia plura legaturus fuerat, ſi debitum accepiſſet, idcirco ſe id non facere, ut debitum in id acceptum faceret, quod amplius fuiſſet legaturus. Eadem voluntatis coniectura ad legati remiſſionem valet, & heredem legati præſtatione per exceptionem liberat, quoties legatum relictum eſt ſimpliciter, ut ſecundum verba recte peti poſſit; ſed intervenit poſtea aliquod factum legatarii, quo ſecuto veriſimile ſit circumveniri voluntatem defuncti, eoque iniquum ſit, & contra defuncti mentem legatum exigi. Quod in hac ſpecie reſponſum eſt, cum ex pluribus heredibus unus ex aliqua parte inſtitutus, cui eidem aliquid legatum erat, hereditatem repudiat, ut ab oneribus hereditariis liber legatum conſequatur ſine moleſtia. Huic enim ſecundum verba id facere licere apparet: & quidem ita licet, ut ſi ſine dolo malo hereditatem repudiet, quo ab ea

in

15) Subiuncta enim pœnæ ſtipulatio, non ut utrumque & pacti commodum & pœnam conſequatur paciſcens, ſed alterutrum *L.* 12. §. 2. *de pact. dotal.* Excipitur niſi clauſula *rato manente pacto* ſtipulationi inſerta, ubi præter exceptionem pacti, actio ſupereſt *L. pen. D. L.* 17. *C. de tranſ.* vid. Cuiac. & A. Fab. ad *d. L.* 10. §. 1. *de pact.* Hot. *ill.* Q. 10. Pac. 1. *Enant.* Q. 00. Petr. Alvarot. *in repetit. d. L.* 10. §. 1. *inſerta* Fortun. Garcia ad *L.* 7. *de pact.* Huc pertinet *L.* 4 §. 3. *h. t.* ubi male Goth. pro *ſexaginta* reponit *ſexcenta* ſententiam pervertens, quæ talis: Si officio arbitri non pareat iuſſus dare 60. quæ debeatur, poſſe amplius peti, id eſt, pœnam 100. compromiſſam. Aliud exemplum *L.* 2. §. *pen. h. t.* vid. *ſupra C.* 4. *N.* 1. *verſ. Alterum.*

16) Sicuti & contra legatarios agentes exceptione doli, ſi non impleverint conditionem appoſitam *L.* 40. §. 5. *de cond. & dem. L.* 1. *C. de his quæ ſub mo.* vid. P. Fab. ad *L.* 19 §. 1. *de a. l.* Turamin. *de exaq. legat. C.* 4. *n.* 25. *& ſeq.*

17) Unde vulgo notant. Enunciativis verbis induci diſpoſitionem favore liberorum. Quod impugnat Ant. Fab. 26. *Err. Prag.* 5. volens exceptionem doli ibi dari non ob liberationem legatam, alioquin, ait, Frontoni ipſi patri, ac debitori daretur; Sed quia voluntas avi teſtatoris non obſcura, ſi ea 15. a Frontone genero ſuo ſoluta ſibi eſſent, tanto plus eum nepotibus Frontonis liberis relicturum fuiſſe. Quæ tamen forſan inanes argutiæ. Nam eo ipſo quod heredis petitio, quæ doli exceptione repellitur, novo iure ſubſiſtit contra nepotes, apparet Frontonem patrem iam antea deceſſiſſe, Qui & ibid. heredes patris (ſui ideoque mortui) dicuntur. Vere itaque iis legata liberatio, quippe veris debitoribus, obligationis onere in ſe cum hereditate translato, effectis.

in totum discedat, nec quidquam eo nomine consequatur, legatum recte petat, & sine metu doli exceptionis. At si ita repudiet, ut a substituto pretium accipiat, vel quid pretii loco, placet legatum petentem dolo videri facere, ac propterea [18] doli exceptione repelli: scilicet quia verba legati servans circumveniat sententiam testatoris, simulans se hereditatem repudiare, cum per ea accipiat, quod vice eius fungatur: de hac specie est in *L.* 4. §. *si quis ex uncia*, 11. *D. de dol. mal. exc.*

XIV Secunda species liberationum huius generis ad doli exceptionem proficientium est solutio interdum: quod fit hoc modo. Iusta solutio debitorem ipso iure liberat: tollit enim obligationem. *Instit. quib. mod. tol. oblig.* Ad hanc exceptio non pertinet. Iniusta & cui aliquid deest, nunquam liberat ipso iure, sed valet interdum ad doli exceptionem. Quod duobus casibus contingit. Uno, si debitor solvat creditoribus iis, quibus non recte solvitur, ut pupillo sine tutoris auctoritate, adolescenti aut prodigo sine auctoritate curatoris, iique ex ea solutione locupletiores facti sint. His personis isto modo non recte solvi constat, quia rerum suarum, eoque & actionum alienationem non habent. Sed si locupletiores facti petant, hoc postulant locupletiores se fieri cum detrimento debitoris; id agunt, ut bis idem exigant. Utrumque iniquum, & contra bonam fidem. *L. nam hoc natura*, *D. de cond. ind. L. bona fides*, *D. de regul. iur.* Atque hinc aequitas defensionis, qua fit, ut petentibus doli exceptio noceat. *L.* 4. §. *si quis pupillo*, 4. *D. de dol. mal. exc.* §. *ult. Inst. quib. alie. lic. vel non.* In quo si quaeritur, quo tempore locupletiores esse oporteat istos, ut doli mali exceptione summoveatur, placet inspici in eo tempus litis contestatae, seu quo petitur. *L. litis*, *D. de neg. gest. L.* 4. *D. de exc. L. in pupillo*, *D. de solut.* Alter casus est non dissimilis superiori, cum debitor solvit creditori creditoris sui, nec creditor eius solutionem ratam habet. Iure quidem ipso qui solvit alii invito creditore, se non liberat. *L. invito*, *C. de sol.* proinde nec hoc casu iure ipso contingere potest liberatio. At fit creditor hac solutione locupletior, dum hactenus liberatur ea obligatione, qua alii creditori suo tenebatur. Ideo eadem illa ratione qua supra, placet eum, si cum eo agatur, eatenus exceptione doli defendi. *L. si opera*, 6. *L. si debitor*, 16. *D. de dol. mal. exc.*

XV. Tertia caussa huius generis est interdum pecuniae debitae amissio. Dixi pecuniae: nam species certa debita si pereat postea, aut aliter debitori amittatur, nunquam exceptio ad hanc amissionem pertinet. Sive enim res periit culpa debitoris, semper aeque tenetur: sive periit sine culpa eius, ita liberatur ipso iure, ut res non admittat exceptionem. *L. si ex legati*, *D. de verb. oblig. L. quod te*, *D. si cer. pet.* Quod si pecunia debetur, & de liberatione rei propter pecuniae amissionem quaeritur, hoc tenendum est, nunquam ullius pecuniae, atque adeo omnium facultatum amissionem hoc praestare reo, ut iure ipso ideo liberetur. *L. incendium*, *C. si cer. pet. L. in ratione*, §. *incertae*, *D. ad leg. falc.* Quippe interitus rei liberationem adfert, sed ita, si pereat quod debebatur. *d. L. quod te*, *D. si cer. pet.* Quidquid autem rerum debitori pereat, nunquam dici potest illi pecuniam debitam periisse: cum quod debitum perit, certum esse oporteat: pecunia autem quae debetur, sit incerta, utpote debita in genere non haec aut illa, quae certo loco contineatur. Idque etiam hac ratione ita statui necesse est, etsi debitor certam pecuniam obtulerit creditori, quam ille sine iusta caussa accipere recusarit, eaque postea debitori sine culpa eius perierit. Semper enim vere dicetur pecuniam istam quae periit, non fuisse eam quae deberetur, cum deberetur genus, non species. Sed quod hic iure non fit, placuit in eo debitorem aequitate rei consequi, ut tueri se possit doli mali exceptione, quanvis aliquando interpellatus non solverit, quae Marcelli sententia est pluribus exposita in *L. qui decem*, in princ. *D.* de sol. *non enim*, inquit, *aequum est teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset*. Et recte, non aequum. Dum enim creditor sine iusta caussa accipere non vult, & pecunia oblata perit postea debitori, apparet culpa & mora creditoris factum esse, ne debitor liberaretur, qui pecunia accepta esset liberatus. Regulae iuris sunt certae aequitatis, factum cuique suum, non adversario nocere debere: item unicuique moram suam nocere: *L. factum cuique L. in conde-*

18) Recte. Expositio vero quam tradit Cuiac. 14. *Obs.* 29. vix accommoda. Vult is exceptionem tantum obstare ibi petenti legatum pro sua parte, uncia scilicet in qua institutus. Non autem repelli eum, si pro parte solum coheredum petat. Nam immo accepto precio a substituto, videtur omne commodum ex testamento speratum abdicasse, legatumque petendo voluntatem defuncti circumvenire. Facit connexio *d.* §. 11. *cum praecd.*

-mnatione, §. *unicuique*, *D. de reg. iur.* Idem de hac specie responsum in *L. si opera*, 6. *D. de dol. mal. exc.*

XVI. Quarta caussa huius generis liberationum est impedimentum præstandi necessarium, quo factum est, ut debitor quod promisit, facere non potuerit. Huic locus est in faciendi obligationibus, cum quis promisit se alicubi adfuturum certo die, puta ad certum & constitutum diem iudicio sisturum vel apud iudicem, vel apud arbitrum, & nisi sisteret, promisit pœnæ nomine centum. In hoc genere cautionis multa accidere possunt, quibus promissor prohibeatur quod promisit, eo die præstare, etiamsi velit. Alia impedimenta obiicit natura rerum. Ut si quis valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis, vel incursu hostium prædonumve prohibeatur oe adiit, quibus modis omnimodo prohibetur: alia adfert necessitas iuris in his, quæ alioqui natura fieri poterant: veluti, si quis municipalis muneris caussa sine dolo malo suo impediatur, aut si ad testimonium desideratus parere debuerit. Finge horum aliquid obstitisse, quominus promissor suo die adesset. Secundum verba stipulationis tenebitur nihilominus: quia verum est eum promisisse ab initio, quod natura & iure fieri potuerit, neque tamen fecisse. Sed quia non est æquum eum teneri, qui his casibus prohibitus sit, quibus obsistere non potuit: ideo placet in omnibus tribui ei exceptionem doli, qua actio summo iure constituta summoveatur. *L.* 4. *§. si in arbitrum*, 2. *D. de dol. mal. excep.* idque ita pluribus declaratur in *L.* 2. §. 1. § 2. *D. si. quis caut.* Æquitatis ratio manifesta est: nam in iis quæ quis facere debet, si non fecit, non est, ut teneatur, si imputari ei nihil potest, cur non fecerit. *Quid est autem*, ait recte Paulus, *quod possit imputari ei, qui facere etiam si vellet, non potuit?* L. cum quidam, §. *si pupillo*. *D. de usur.* significaturque hæc ratio in dicta *L.* 2. §. 2. *D. si quis caut.* Huc accedit, quod impedimentum huiusmodi omne sequens propemodum impossibilem fecit præstationem, certe pro eo tempore, quo quis sisti debuit, quodammodo impossibilem fecit. Impossibilium autem nulla est obligatio. *L. impossibilium*, *D. de reg. iur*

XVII. Quinta caussa huius generis est caussa stipulandi non secuta in iis stipulationibus, quæ cum interponerentur, iustam habuerunt, ut ab initio consisteret obligatio: sed futuram, propter quam interpositæ sunt, quæ deinde non sit secuta. Quidquid verbis simpliciter promissum est, quanvis hoc animo, ut aliquid sequeretur, neque id secutum sit postea: tamen eiusmodi est, ut subtilitate iuris debeatur, & peti possit, quia verbis promissum est. Sed æquum est, quod promissum est ob caussam, caussa non secuta non præstari: æquum, quia actum inter contrahentes. Hinc doli exceptio, quam placet caussa non secuta petenti nocere, ut hic eventus sequens per exceptionem doli debitorem liberet. Idque ita est, sive caussa nondum secuta sit, quæ adhuc sequi potest; sive caussa sit finita, ut iam sequi non possit *L.* 2. §. *circa*. in fin. *D. de dol. mal. exc.* Caussæ nondum secutæ exemplum est, quo utitur Ulpianus in dicto §. *circa*. si quis crediturus pecuniam, simpliciter stipulatus sit certam summam sibi dari, & priusquam crediderit, ex stipulatione petat. Finitæ caussæ, exemplum id, quod apud eundem refertur in *L.* 4 § 1. *D. eod* Id tale est. Maritus æger centum aureos uxori suæ donare volens caussa mortis, interposuit quemdam consobrinum uxoris suæ, cui stipulanti eam summam simpliciter promitteret, eo animo scilicet, ut eam pecuniam mulieri redderet, quo ad eam perveniret: deinde maritus convaluit. Donatio caussa mortis in ea caussa est, ut quanvis perfecta, tamen convalescente donatore revocetur. *L. senatus*, §. 1. *D. de mort. cau. don.* Sed non item stipulatio mortis caussa infringitur. Nam sive moriatur maritus sive vivat, semper verum est pecuniam stipulatione simpliciter promissam esse, eoque ex stipulatione deberi, donec solvatur. Sed quæ ob caussam interposita erat stipulatio, non est æquum eam valere caussa non secuta Iam vero caussam stipulationis mortis caussa interpositæ tum maxime securam non esse constat, cum finita est. Hic autem convalescente marito finita proponitur.

XVIII Sexta caussa huius generis est actio sublata una ex pluribus, quæ eiusdem rei nomine competebant. De qua specie ita ius est: quoties plures actiones eiusdem rei nomine competunt, una electa, ex qua actor quod debebatur, sit consecutus, alteram consumit aut ipso iure aut per exceptionem. *L. qui servum*, §. 1. *D. de oblig. & act.* Ipso iure, cum actio quæ relinquitur, est bonæ fidei; quia bonæ fidei iudiciis exceptiones etiam non contestatæ insunt. Per exceptionem, cum actio quæ relinquitur, est stricti iuris Exempli gratia: cui commodata res erat is eam rem intervertit: qua ex re cœpit

tene-

teneri de eadem re duabus actionibus, commodati propter commodatum, & condictione furtiva propter furtum. Si actum sit cum eo condictione furtiva, commodati actio extinguitur, quia hæc sequens bonæ fidei est. Si prius actum commodati, manet adhuc iure condictio furtiva: sed qua agenti obiicietur exceptio, quæ alioqui non obiecta non inest iudicio, quia condicio stricti iuris actio est: hoc in *L. si is cui*, 71. in princip. *D. de fur.* De hac specie, deque æquitate huius liberationis, & exceptionis, diximus plenius in argumento actionum in illa quæstione, an pluribus actionibus de eadem re competentibus liceat omnibus experiri.

XIX. Postrema huius generis caussa est ad inducendam doli exceptionem, omnis specialis actio postea reo quæsita, ut pacti conventi, iurisiurandi, rei iudicatæ. Quia enim his exceptionibus efficitur, ut tam desinat reus postea teneri, quam si actio ipso iure esset sublata: *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* recte dicetur, cum qui unam aliquam ex his nactus sit, manifesta æquitate tanquam idonee liberatum, ne teneatur, defendi. Est autem ex omni æquitate defensionis doli exceptio. *L. æquitate*, *D. de dol. mal exc.* Sed & eum qui has exceptiones aut similes habeat, etiam doli mali exceptione uti posse, si velit, diserte traditur in *L.* 2. *§. item quæritur*, 4. & *§. & generaliter*, *sequen. D. eod.*

XX. Atque hoc primum genus est earum caussarum, quæ postea secutæ reo exceptionem doli pariunt: genus positum in iis factis, quæ iuris liberationes cum non sint, liberationis tamen instar obtinent. Sequitur alterum earum, quæ nascuntur postea ex mutuæ alicuius præstationis recusatione. Hoc genus tunc locum habet, cum actione ab initio alicui recte constituta est, nec quidquam secutum postea, quod valeat ad actionem tollendam: sed tunc cum agitur, est aliquid, quod actor eiusdem rei nomine vicissim præstare debeat, neque desideranti reo id præstat. Id cum fit, iure actor, quanvis suum petat, exceptione doli removetur: quod præstationes mutuæ subiectæ paulo post indicabunt. Ante æquitas totius huius generis, agnoscenda est. Nascitur autem ex illa regula naturæ comprehensa edicto prætoris, quod quisque iuris in alium statuerit, ut ipse eodem iure utatur. *L.* 1. *D. quod quisq. iur.* Quid enim dicit is qui agit? Ius & æquum esse sibi præstari id quod petit, quia adversarius debet. Ergo si reo vicissim eius rei nomine quid debeat, vel ipsius confessione, æquum est ipsum postulanti reo id præstare, tantum ideo quia debet. Finge non præstare. Iam hoc in contrariam partem æquum esse incipit, ut quod ille adversus reum statuit, non præstare quod debet; hoc item patiatur adversus se valere, ne adversarius præstet ei, quod petit, quanvis debeatur. Sic enim fiet quod superior regula præcipit, ut quod in alium statuit, ipse eodem iure utatur. Atque hinc illa exceptio doli, quæ reum ob denegatam mutuam istam præstationem tuetur. Redeundum est enim semper ad illam definitionem Papiniani, qui æquitate defensionis infringere actionem potest, eum doli exceptione tutum esse. *L. qui æquitate*, *D. de dol. mal. exc.*

XXI. Iam quæ istæ præstationes sint, videamus. Mutua præstatio, quæ denegata hanc exceptionem inducit, duplex est. Nam aut præstatio est mutua alterius rei, aut rei eiusdem quæ petitur. Utra harum recusetur, exceptioni locus est. Mutua præstatio alterius rei, quæ huic exceptioni locum faciat, versatur in his fere quinque caussis; in contractibus mutuis; in sumptibus in rem petitam factis; in quarta falcidia rei individuæ legatæ nomine debita, in liberatione puri debiti sub conditione legata; in pecunia debita ei, cui pignus datum est. In mutuis contractibus, veluti in emptione & venditione: ubi si quis rem vendidit, rem tradere debet emptori; sed vicissim ei pretium debetur ab emptore. Proinde si emptor rem venditam petet, iure quidem petet: sed cum pretium mutuo debeat, recte venditor postulabit prius id sibi præstari; quod nisi emptor offerat, denegatur ei ex empto actio. *L. Iulianus*, *§. offerri*, *D. de act. empt.* Sic emptor re vendita recte agit ob evictionem aut ex empto, aut ex stipulatu, stipulatione de evictione interposita. Sed idem si quid consecutus sit ex re vendita per occasionem emptionis, id ipsum quoque venditori restituere debet. Quapropter evictionis nomine agens nisi prius præstat aut deducit, quod illum hic mutuo præstare oportet, iure [19] exceptio-

19) Quæ vulgo. Exceptio pretii non soluti & generalius implementi non secuti, De qua Cuiac. 23. *Obs.* 25. Gail 2. *Observ.* 17. Coler. *de Process.* P. 1. C. 2. n. 219. & *seqq.* Ant. Fab. *Cod. sui tit. de Except. defin.* 43. Zang. *P.* 3. C. 22. Asin. *de Exsec.* §. 9. C. 172. *n.* 6. & 7. ubi hanc non tam veram exceptionem esse quam retentionem iure pignoris, implorato officio iudicis contendit. Sic & mercis non traditæ exceptio est emptori, agente venditore *L.* 5. §. 4. *h. t. L.* 25. *de act. empt.* Gail. *d. Obs.* 17. *n.* 13. Io. Petr. Surd. *Decis.* 253. Generaliter, nam-

ptione doli mali removetur: quod declaratur in *L. 2. §. ult. D. de dol. mal. except.* in hac specie: mercatus quis est servum proprium quidem tum venditoris, sed conditione statu liberum, qui statutam haberet libertatem sub conditione, si decem domino daret. Is servus ut conditioni pareat, atque hoc modo perveniret ad libertatem, decem emptori, eidemque domino dedit: quo facto servus in libertatem evictus est. Evicto eo agere emptor potest ex stipulatione evictionis nomine interposita. Sed nisi decem, quæ accepit conditionis implendæ caussa, deducat, exceptione item summoveri placet, dum ne decem data sint ex peculio quod ad emptorem pertinebat.

XXII. In sumptibus in rem petitam factis hæc ipsa mutua præstatio est, quæ denegata vindicantem summovet, cum possessor alienæ rei necessarios sumptus in eam rem fecit, aut bona fide fecit utiles, quorum æstimatione non oblata dominus perseverat rem suam petere. Æquitas enim postulat, ut hi sumptus præstentur possessori, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat. *L. plane, D. de hered. pet.* Quapropter nisi paratus est petitor aut horum æstimationem reddere, aut eorum deductionem pati, recte obiicitur ei [20] doli exceptio contra æquitatem naturalem vindicanti. *L. 4. §. si minor, 9. L. 5. §. si donavi. L. cum vir. 10. L. Paulus, 14. D. de dol. mal. except.*

XXIII. In quarta falcidia rei individuæ nomine debita mutuæ isti præstationi, ac per hanc exceptioni doli locus est, cum supra dodrantem legata relicta sunt, & inter cæteras res legatas legata est vicino via aut similis servitus per fundum hereditarium. Si alia res legata esset, quæ divisionem reciperet, ipso iure pars quarta pertineret ad heredem, quam suo iure vindicaret. *L. lineam, D. ad leg. fal.* Sed via & reliquæ prædiorum servitutes individuæ sunt *L. 1. §. si usufructus, D. ad leg. fal.* Quæ res facit, ut cum servitus legata pro parte quarta non possit minui, sed tota præstanda sit; saltem pro ea parte præstari debeat heredi servitutis æstimatio. Hinc & illud placuit, si legatarius viam legatam vindicet non oblata æstimatione quartæ partis, summoveri eum doli exceptione: hoc in *L. 5. §. 1. D. de dol. mal. except.*

XXIV. In liberatione sub conditione legata præstatio mutua huiusmodi incidit, atque hinc ex eius denegatione exceptio. Qui enim decem debebat testatori pure, si ei illa, aut quod idem est, eorum liberatio sub conditione legata sit; placet interim heredem petere ea decem posse sine metu exceptionis, nec impediri eum legato: quia liberatio quidem legata est, sed sub conditione, quæ potest deficere, ut tum perinde habeatur, quasi nulla liberatio esset relicta. Sed rursum potest existere conditio: quod si fit, retroversus intelligatur debitor nihil debuisse. Quid igitur hic fiet, quo etiam legatario consulatur? Nempe hoc saltem ei debetur secundum formam edicti, ut ei satisdetur legati conditionalis nomine, fore scilicet, ut si conditio liberationis legatæ postea extiterit, tum heres recte reddat ei, quod acceperit. *L. 1. D. ut leg. seu fid. nom. cau.* ideo & hic placuit, si interim petat heres decem, nec caveat, [21] doli exceptione eum summoveri. *L. pure, 5. in princip. D. eod.*

XXV. In pecunia debita ei cui pignus datum est, aperte hæc præstatio mutua incidit. Ut enim huic creditori pecunia debetur, quam iure petit; ita vicissim pignus restituere debet; quam ad rem tenetur etiam pigneraticia actione. Proinde cum pecuniam petet, nisi paratus sit debitori postulanti pignus reddere, quæ ab illo mutua præstatio exigitur, iure summovebitur doli mali exceptione. Idque

sine

namque eius est implere contractum qui prior agit, post alios Hart. Pist *Lib. 3. Q. 27. n. 32. Ineptum enim* ait Tertull citante Cuiac. *d. loc. pretium non exhibere, ad mercem manum emittere.* Nisi cui prius satisfieri debeat, nominatim convenerit. Cuiac. ibid Neque huic exceptioni locus in solo venditionis contractu, sed omnibus utrinque obligatoriis. Foller. *addit. ad Marant. P. 6. membr. 9 n* 51. Quin & legatariis ab herede obiicitur Zang. *d. Ca.* 22. *n.* 15. add. *b. Cap N.* 56 Nec excusat impedimentum A. Fab *d. Defin.* 43. *n* 4. Zang. *d loc. n* 5. Nec ex parte impleviffe satis est Ant. Fab *d. loc. n.* 9. Fac. *L.* 9. §. 3. *de pign act. & fin.* adeo ut vel uno nummo deficiente retentionem dari venditori velit post alios Coler. *d n.* 211. Idemque si res vendita non libera, vel non integra tradita Zang *d. loc. n* 8. Surd. *d. Dec.* 253 *n.* 8. *&* 9. *& Decif.* 265. *n* 1. *&* 2 *& n.* 36. *& seq.* Traduntque volgo quod hæc exceptio sit litis finitæ, eius contestationem & ingressum impediens Zang. *n.* 2 A. Fab. *d. loc. n.* 5. Gail. *d. Obs.* 17 *n* 2 Quæ impediat purgationem moræ Fab. *ibid. n.* 10. Cui locus aliis statuto vetitis ibid n 1. etiam inter mercatores Foller. *d. n* 51. Quæ & nec obiecta officio iudicis suppleri queat Fab *d. loc. n.* 2. Ut tamen si nec initio, nec in progressu litis opposita, iudicium valeat Gail. *d. loc. n.* 5. *& seq.* veruntamen & post sententiam executionem remoretur ut *infra C.* 7. *N* 10 Denique quod, cum ex natura contractus veniat, non utenti sed adversario sit probanda Zang. *d. C.* 22. *n.* 18 Dilatoria autem hæc exceptio vid. *infra C* 8. *N.* 17

20) Confer Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 209. *& seqq.* ubi pro variis expensis res alienas retineri posse ostendit, veluti ab aurigis, tabellariis, hospitibus, & cauponibus &c. Quomodo & scriptor pro mercede librum retinere potest Io P Surd. *Dec.* 50.

21) Vid Cuiac. 71. *Paul ad Edict. in d. L.* 5. Obiter nota in *d. L* 5. *pr.* phrasin Græcam, qua vocula *magis* vel *potius* subauditur, ut in *L.* 2. §. 1. *de reb. cred.* ubi Don. *n.* 3. & pluribus similibus locis notatis ab An. Aug. 4. *Emend.* 8.

sine dubio ita est, si pignus habet, neq paratus est restituere. Quid si perierit pignus? Placet, si culpa eius periit, eandem exceptionem illi nocere; in quam partem de hac specie scriptum est in *L.* 4. *§. item quæritur*, 8. *D. de dol. mal. exc.* responsum autem ex perpetua illa veterum constitutione, quoties culpa debitoris res periit, perpetuari obligationem. *L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de verb. obligation.*

XXVI. Si alterius rei quamvis exiguæ mutua præstatio debita, cum recusata est, tribuit reo doli exceptionem ad rem, quæ petitur, retinendam; multo magis idem efficiet rei ipsius petitæ mutua præstatio, quæ vicissim reo debeatur. Incidit hæc præstatio mutua, & ex hac doli exceptio in re aliena vendita, cum aut venditor successit postea domino rei, aut dominus ipse successit venditori.

XXVII. Cum venditor successit domino, hoc modo. Vendidit quis rem alienam pro sua, quæ Titii erat. Is postea Titio heres exstitit. Ita factum est, ut iure hereditario succederet in dominium defuncti; *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* dominus factus nunc primum inciperet habere actionem in rem, quæ iis competit, qui quoquo iure dominium acquisierunt. *L. in rem*, *D. de rei vindic.* Quare & hac adversus emptorem iure uti potest, nec si utatur, dici potest quidquam incidisse postea, quod reo huius actionis liberationem adferret. Si tamen ab emptore vindicet, constat vindicantem exceptione doli posse summoveri. *L. vindicantem*, *D. de evict. L.* 4. *§. si a Titio*. 28. *D. de dol. mal. exc.* Nempe ideo, quod quam rem actor iure dominii petit, eam ipsam præstare debet emptori actione ex empto: ut quanvis eam rem reciperet, tamen statim eam reddere debeat emptori iudicio empti. Dolo facit, definiunt veteres, qui petit, quod redditurus est. *L. dolo*, *D. de dol. mal. excep. L. in condemnatione*, in fin. *D. de reg. iur.* Ulpianus autem in *d. L. vindicantem*. hac ratione in hac re utitur; venditor, inquit, quanvis dominio postea quæsito vindicans improbe rem a se distractam evincere conatur. Cur improbe? non tantum propter præstationem illam ipsius rei, qua tenetur: sed etiam quia palam improbum est oppugnare eum, quem tueri debeas: & maxime si quem tuendum susceperis, & in id te obligaris. Venditoris autem est tueri emptorem in re vendita, cui in hoc obligatur, ut præstet ei rem habere licere, idque præcipue natura empti continetur. *L. ex empto*. in prin. & *§. venditorem*, *D. de act. emt.* Adde, si placet, & hanc rationem ex regula iuris; cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. *L. invitus*, *§.* 1. *D. de reg. iur.* Iam emptor emptione contracta etsi rem venditam non haberet, tamen ultro haberet actionem adversus venditorem ad rem consequendam. Quanto igitur æquius est, cum cum rem possidebit, exceptionem habere adversus venditorem ad rem retinendam? Contra quam si venditor petit, recte dicitur dolo petere, qui petat adversus tam manifestam æquitatem.

XXVIII. Idem iuris est e converso, si re aliena vendita dominus rei, puta in superiore specie Titius successerit venditori. Hunc quidem dominum certum est, & antea habuisse actionem in rem iure dominii constitutam, & hereditate venditoris adita etiam nunc habere, quia & nunc dominus idem esse perseveret, hereditate ius eius non mutante, sed augente. Si tamen hic dominus, idemque venditoris heres rem suam vindicet ab emptore, placet eum pro qua parte heres sit, doli mali exceptione removeri posse. *L. cum a matre*, *C. de rei vind.* Nempe eadem illa ratione, quod & hic dominus venditori heres factus cœpit eadem actione & præstatione mutua emptori teneri, qua venditor tenebatur. Quo fit, ut si ea præstatione obligatus rem petat, aperte dolo faciat, petens id, quod etiam consecutus restituturus sit: & qui actione tenetur, ut rem præstet, multo magis rem petens exceptione summoveri debeat.

XXIX. Et sunt fere hæ caussæ æquitatis, quæ exceptionem doli mali reo tribuunt, actorem qui contra petat, tanquam dolo petentem removent. Quibus cognitis, nihil iam admodum negotii est intelligere, qualia sint ea, de quibus præcipue hic quærimus, & propter quæ inducta est quæstio de superioribus caussis: nempe illa, quibus, adversus quos: qua de re hæc exceptio competat. Et vero hunc rerum ordinem esse in hoc genere exceptionis explicando testatur Paulus, quem eumdem & sibi præscripserat in hac explicatione, in *L.* 1. *D. de dol. mal. exc.* cum enim proposuisset, quo lucidius intelligi possit hæc exceptio, prius de caussa videndum, quare proposita sit, deinde quemadmodum dolo fiat; subiicit, tum per hæc nos intellecturos quando obstet exceptio, deinde adversus quas personas locum

locum habeat. Hæc igitur ita esse: ut initio proposuimus, caussis iam cognitis nunc paulo explicatius cognoscamus, & si quid ab his caussis huic cognitioni deest, quod reliquum est expleamus. Si ergo quæritur, cui doli mali exceptio competat, in promptu erit nobis hæc definitio, competere ei, qui unam aliquam ex superioribus caussis habeat, qua defendatur: nam adversus eam quod petitur, dolo petitur: atque hinc doli exceptio. Neque intererit, quis sit is cum quo agitur, utrum is qui principaliter teneatur, an vero qui per consequentiam, ut sunt heredes, & qui in rem successerunt, itemque principalis rei accessiones, ut fideiussores. Quæ exceptio doli reo principali competit, non minus datur heredibus, & successoribus omnibus. Est enim exceptio rei cohærens: quam etiam ob caussam tribuitur [22] fideiussoribus in *L. 7. D. de exc.*

XXX. Si quæritur, adversus quem doli exceptio competat, eædem caussæ definitionem suggerent. Dicemus enim competere adversus omnem agentem, qui petat ab eo, qui superiore aliqua æquitatis caussa defendatur: quippe eum qui ita petat summo iure fretus, contra æquitatem naturalem petere: qui autem id faciat, eum dolo petere. Sed hic duo quæruntur, quæ quia ex superioribus caussis non ita statim explicari possunt, vel hoc nomine potissimum hic locus amplius inducendus fuit, ut quod hic ab illis caussis sumi non potest, id aliunde in hunc locum transferatur. Illa autem sunt duo quæ quæruntur; unum, an sine exceptione competat doli exceptio adversus omnem, qui adversus unam aliquam caussam ex superioribus petere quid instituat: alterum, an competat ex omnium dolo: ex quorum facto actio intenditur. Primum, an adversus omnem, qui adversus unam aliquam ex superioribus caussis petat. Quid enim, si pupillus, prodigus, furiosus petat, aut eorum nomine petatur? Finge his pecuniam solutam esse, & adhuc apud eos exstare, aut his delegantibus, atque adeo sine eorum delegatione pecuniam creditori eorum solutam, & eam pecuniam nunc ab his aut eorum nomine peti. Hoc alii creditores in eadem caussa si facerent, doli exceptione summoveri eos posse constaret. Num ergo & adversus superiores istos idem statuemus, an potius ætate, aut morbo animi excusandi sunt, ne dolo facere videantur? Et placet ex iisdem caussis adversus istos quoque eandem esse exceptionem doli mali: & merito: dolus hic in re est, qui si ab initio abfuit, nunc esse incipit, cum [23] adversus æquitatem naturalem petitur, dum id agitur, ut propter malitiæ ignorantiam bis eandem pecuniam consequantur: quæ iniqua & malitiosa petitio est: hoc in *L. 4. §. quæ in tutore, 23. L. si debitor, 16. D. de dol. mal. exc.* Ita fit, ut sit hæc exceptio adversus omnes, qui quid adversus supra scriptas caussas æquitatis petant, nec quisquam in malitiosa petitione ætate aut morbo, aut imperitia, aut ullo alio colore defendatur.

XXXI. Quod tamen hic privatim monendum fuit, excepti sunt hoc loco [24] parentes, & patroni. His agentibus, quamvis iure summo actione usi maxime contra superiores caussas petant, non tamen potest his obiici doli exceptio, sicut nec adversus eos ulla alia exceptio, aut actio competit, quæ illorum opinionem apud bonos viros suggillet, propter reverentiam scilicet his debitam. *L. 4. §. adversus, 15. D. eo. L. licet. D. de ob.* seq. Quid ergo, si quid in re gerenda gestum sit metu, aut dolo, aut per errorem, quamobrem filium aut libertum æquum non sit ab initio teneri: aut re gesta factum aliquod inciderit, quod pro liberatione haberi debeat; aut denique sit mutua aliqua præstatio quæ parentem patronumve teneat: licetne parenti aut patrono his contemptis impune agere, & adversus iniquitatem petitionis nulla filius & libertus exceptione defendentur? Immo vero defendentur, nec unquam tantum tribuitur superiorum reverentiæ, ut huius prætextu ad fraudem & iniuriam suorum impune abu-

22) Et quod fideiussori detur probatur præter generales textus, *L. 15. pr. de fideiuss.* iunct. *L. 2. §. 3. h. t.* Et quandoque hæc exceptio fideiussori, ubi reo non competit *L. 15. h. t.* vid. Bargal. *4. de dolo* 2. n. 84. *& seqq.*

23) Recte. Et ita hic quoque dolus verus actoris vertitur, cui exceptio obiicitur: pupilli scilicet qui fuit negocio inito, nunc pubes redditus dum agit, aut prope pubertatem doli capax redditus *d. §. 26.* item curatoris furiosi, eius nomine agentis. Ipsi enim furioso nunquam dolus obiici potest, nec obiicitur, cum nec iudicio per se consistat.

24) Addit Zas. *ad d. §. 16. n. 4.* quod nec pastori a parochiano, Rectori a studiosis obiici possit. Nec domino a vasallo, nisi hic prius ius clientelare abdicando, sacramenti præstiti fide se liberet. Quin nec nutritori ac nutrici a quibus quis educatus est hanc exceptionem obstare vult Eman. Costa *in repet. L. si ex cautione 3. C. de non num. pec.* verbo: *seu doli n. 7.* arg. *L. 17. C. de his qui accus.* Nec viro dignitate conspicuo a plebeio & humili, aut vitæ emendatioris a flagitioso aut prodigo arg. *L. 11. h. t.* Cuiac. *71. Pauli ad edict. in L. 1. h. t.* Bargal. *Lib. 6. de dolo reg. 31. n. 4.* Ubi male hoc ius ad exceptionem doli specialem coarctat, quasi generalis opinionem non suggillet. Cæterum in *d. §. 16.* pro *bonos mores* reponit Goth. *bonos moratosque*, & probat Ant. Fab. *1. Iurispr. 9. princ. 6. Ill. 25.* Qui & alibi *33. Err. Prag. 9. p. 441.* *bonos* restituit nulla necessitate.

abutantur: sed liberi & liberti adversus ea quæ diximus conventi, utentur in eo [25] exceptione in factum temperata, detracta doli mentione; ut, si filio erit exceptio pecuniæ non numeratæ, pacti, iurisiurandi, aut rei iudicatæ, hæc solum facta dicet, uteturque iisdem exceptionibus; non autem dicet patrem dolo facere, qui ita petat, *d. §. adversus*. Quod & in actione quæ ex parentum, aut patronorum dolo adversus eos instituatur, similiter faciendum esse præcipitur in *L. non debet, D. de dolo*. Quod parentibus & patronis tribuitur in hac exceptione, idem placet tribui etiam eorum heredibus, si ab his liberi aut liberti de dolo superiorum conveniantur. Etiam hic adversus [26] heredes in factum exceptione utendum est, doli mentio detrahenda: quoniam convenit parentibus & patronis honorem exhibere & vivis & mortuis. Hoc Ulpianus in *d. L. 4. §. adversus*. Ibidem diversum esse ait, si cum herede filii pater, aut cum herede liberti patronus agat: putat enim hoc casu posse heredem de dolo illorum excipere. Et recte putat: non enim filii heres est agenti filius, aut liberti heres patrono agenti libertus; ut heres his agentibus eundem honorem & reverentiam debeat.

XXXII. Deinde quæritur adversus quos doli exceptionem competere dicimus, an adversus eos competat ex omnium dolo, quorum ob factum actio nunc instituitur. Et in hac re hoc primum tenendum est, si cuius ex contractu aut facto, quis actionem non habet, ex eius dolo nunquam agenti exceptionem obiici posse, ut puta, qui pro tutore negotia gerebat, rem pupilli vendidit, & tantum temporis præteriit, intra quod usucapi posset. Negat Ulpianus exceptionem nocere pupillo rem suam persequenti, etiamsi ei cautum sit adversus eum, qui pro tutore gessit: *quia*, inquit, *huic rerum pupilli administratio concessa non fuit*. L. [27] 4. §. si quis non tutor, 22. *D. de dol. mal. exc.* Et tamen pupillus in hac specie propter huius factum agit, non acturus nisi ille rem vendidisset: sed non habet ex huius facto actionem, quia tutor non fuit. Quod si quis est, ex cuius persona actionem habet is qui agit, etiam de dolo eius agenti exceptio quandoque opponi potest. Quod pro conditione eorum, quorum ex persona agitur, dissimiliter accidit. Nam aut hi sunt, quorum ex contractu actio nobis acquiritur, aut sunt auctores nostri, quorum in locum successimus. Si cuius ex contractu alicui actio quæsita est, ea utentem æquum est etiam ex eius dolo doli exceptionem pati; ut iuxta regulam iuris, ex qua persona quis lucrum capit, eius & factum præstare debeat. *L. ex qua persona, D. de reg. iur.* Idque ita placuit, quod species eorum, quorum ex facto nobis actio acquiri potest, propositæ docebunt. In hoc numero sunt, qui in potestate nostra sunt filii, servi, item procurator, tutor, curator, actor municipum. Per filios & servos nostros actionem nobis acquiri constat. *L. acquiruntur. L. ea quæ, D. de acq. rer. do.* Sed & quod procurator ex re domini, mandato non refragante stipulatus est, emit, vendidit, etiam invito procuratore dominus petere potest, *L. quod procurator, D. de procur.* idemque est, si procuratori præsentis fuerit cautum. *L. si procuratori, D. de verb. obl.* Ex contractu autem tutoris, curatoris, actoris municipum, adeo utilis actio acquiritur iis quorum res administrant, ut placeat etiam tum acquiri, cum recta dominis dari aut fieri quid stipulati sunt. *L. 5. §. si actori, D. de pec. const.* Fingamus igitur unum aliquem ex his, per quos actionem acquiri dicimus, gessisse, contraxisse quid cum alio, & in eo negotio decepisse eum, cum quo res gerebatur; aut etiam nunc aliquid dolo peti, deinde dominum ad quem ea res pertinet, ex ea caussa experiri, dicemus agenti ex [28] dolo eorum, per quos res gesta est, exceptionem doli mali nocere debere. Hæc sententia generalis est; tradita de negotio cum iis gesto, qui alieno iuri subiecti sunt, in *L. 4. §. in hac, 26. D. de dol. mal. exc.*

hac

25) Quæ in factum dicitur, quia conceptam formulam non habebat, sed factum ipsum exponere oportebat. Hot. *ad §. 1. l. de exc. Enunc.* 6. Innominatam nuncupat Vuk. *ad tit. l. de Except. n* 13. Eademque datur in subsidium exceptionis doli etiam alias, cum doli exceptioni locus non est ob ignorantiam agentis, forte heredis per *L. 2. §. 5. h. t.* Cuiac. ad *L. 36. de V. O.* vid. *h. Cap. N.* 8. Et hic excipiens dicit non convenire bonæ fidei lucrum cum alterius damno Bargal. *4. de Dolo 2 n.* 25. Neque hic ulla doli paterni facienda est mentio, etsi concludatur cum mentione bonæ fidei Emanuel Gosta in *L. 3. C. de non num. pec. v. sed doli n. 9.*

26) At contra hos actio de dolo *L.* 13 *pr. de dolo* Reip. Pac. 2. *Enant Q.* 82 Utraque actio & exceptio contra heredem patroni, si de proprio heredis: neutra autem si de defuncti dolo quæratur. Aliter A Fab. ad *d. L.* 13.

27) De qua vid. *supra Lib. 5. C. 23 N.* 1.

28) Et ita quoties dolus alterius est immediata caussa acquisitionis, is alii nocet. Alurs. de Albert. *singul.* 36. Foller. *addit. ad Marant. P. 6. memb.* 9. *n.* 24. Zang *P.* 3. C. 13. *n.* 75. Muller. *ad Nov. Edict. Sax* 19 *p.* 2. *n.* 44 Itaque pupillo obiicitur exceptio de dolo tutoris, si locupletior *d.* § 23. Quod præsumitur si pergat agere ex eo contractu. Zas. ad *d. L.* 4. §. 23. *& seqq. n.* 1.

hac lege, ut de horum dolo, siquidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio obiicienda sit: si autem non ex peculiari caussa, tum de eo duntaxat excipi oporteat, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur: non etiam si postea aliquis dolus eorum intervenisset: congruit *L. filiusfamilias, D. de exc.* De negotio gesto cum procuratore in *ead. L.* 4. *§. quaesitum*, 17. De negotio cum tutore gesto, in *ead. L.* 4. *§. illa*, 21. De negotio gesto cum curatore in *ead. L.* 4. *§. quae in tutore*, 23.

XXXIII. Successores etiam ex persona auctoris actione utuntur, dum in re, in quam successerunt, utuntur eodem iure, ad eam rem persequendam. Et hi ex auctoris dolo removentur, sed non omnes. In eo haec distinctio est. Interest, utrum quis in rem successerit ex caussa onerosa, veluti emptionis, an lucrativa, ut donationis.

XXXIV. De emptore, in quo caussa onerosa est, ita traditur, de auctoris dolo exceptionem [29] emptori non obiici, nisi accessione auctoris utatur. *d. L.* 4. *§. de auctoris*, 24. *de dol. mal. excep.* Exemplum in *ead. L. §. si cum legitima*. seq. quod tale est: scriptus testamento heres dolo malo legitimi heredis persuasus damnosam esse hereditatem, eam repudiavit. Ea occasione usus legitimus heres adivit ipse hereditatem, eamque Sempronio cessit pretio accepto: qua ex venditione utilis petitio hereditatis emptori quaesita est. *L. emptori, C. de her. vel act. vend.* Is igitur aut hac actione, aut mandatis a venditore actionibus utens hereditatem a scripto herede vindicat, quod forte is res hereditarias possideret. Si venditor ipse qui heredem scriptum decepit, ab eo vindicaret, removeretur sine dubio doli mali exceptione. Nunc cum emptor agat, etsi successit in venditoris locum, placet tamen eum exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, pati non debere. Atqui caeterae [30] exceptiones, quae adversus aliquem principaliter competunt, etiam competunt adversus quosvis successores, ut ex persona auctoris etiam successoribus obiiciantur: ut declaratur exemplo exceptionis rei iudicatae in *L. exceptio, D. de exc. rei iud.* Nempe hoc argumentum est, quod doli exceptio non item obiicitur ex persona auctoris successoribus, proprium hoc ius esse huius exceptionis: receptum ideo, quia exceptio oriatur ex delicto personae, quod successori nocere non oportet, ut significatur in *d. L.* 4. *§. de auctoris, de dol. ma. exc.* Et recte: delicti enim alieni poena est, si quis emptor propter delictum auctoris non tantum re carere, sed etiam pretium amittere, aut de eo in discrimen venire cogitur. Aequissime autem constitutum est poenam tenere debere suos auctores, nec longius debere progredi, quam delictum. *L. sancimus, C. de poen.* Tantum hic propter atrocitatem delicti vis excepta est: per quam si quis cui rem extorserit, placet non solum exceptione metus caussa removeri posse auctorem, qui metum intulit: sed etiam successorem quisquis est, ad quem ab eo res pervenerit. *d. L.* 4. *§. pen. de dol. ma. exc.* Hoc, inquam, propter atrocitatem delicti, quod in se habet vis & metus: quae comprobare contra bonos mores esse traditur in *L. nihil consensui, D. de reg. iur.* adde & contra tranquillitatem publicam, quae nulla re magis quam vi & metu violatur. Emptorum loco habentur, qui pro re in quam acceperunt, dederunt vicissim aliquid: ut qui rem in solutum acceperunt, vel permutationis caussa. *d. L.* 4. *§. auctoris*, 27. *de dol. ma. exc.*

XXXV. Quod si quis rem acceperit ex caussa lucrativa, puta legati, aut donationis, probatum est idem in hac exceptione, quod in caeteris, ut quae hic exceptio doli obstaret auctori, eadem [31] & successori isti noceat. Ut puta, emit quis fundum dolo decepto venditore, ut venderet. Emptum & traditum legavit postea aut donavit Titio. Cum forte is fundus iterum possideretur a veteri domino, vindicat eum aut emptor ille prior, aut qui ab eo acceperat Titius. Placet & emptorem primum ex dolo suo, & Titium successorem ex huius auctoris dolo

lo

29) Nisi vili pretio rem magni valoris emerit, permutaverit, in solutum acceperit, ubi caussa prope lucrativa. Azo *in summa C. de dolo n.* 4. Zas. ad *L.* 4. §. 31. *& seq. h. t. n.* 9

30) Rei scilicet utrinque cohaerentes *L.* 7 *de Exc.* Exceptio autem doli in rem est solum ex parte opponentis: ex parte autem eius cui opponitur in personam *L.* 2. §. 1. *h. t.* Foller. *d. loc. n.* 29. *& seqq.* Azo *d. n.* 4. Bargal. 4. *de dolo* 2. *n.* 41.

31) Foller. *d. loc. n.* 24. Zang. *d. C.* 13. *n* 76. Et hic quia de dolo alieno exceptio est contra alium, probandus est dolus non agentis, sed auctoris. Foller. *d. loc. n.* 22. Verius itaque ratione eius cui obiicitur non proprie esse exceptionem doli, sed in factum per not. *supra N.* 8. *& N.* 23. Nec ad amplius nocet in hisce casibus, quam quantum ex dolo alterius pervenit. Quippe eatenus solum ex facto dolosi sequisivit, accessione utitur, ob eo caussam lucrativam habet. Quia nec heredi dolosi alterius exceptio nocet. Bargal *d. Cap.* 2. *n.* 16. *&* 17. argum. eorum quae *supra Lib.* 15. *Cap.* 41. *n.* 36.

lo non minus exceptionem pati. *d. L.* 4. *§. si quis autem*. 26. *§. aucteris*, seq. *de dol. ma. exc. L. si rem*. 6. *D. de except.* Cur ergo huic successori agenti noceat potius auctoris dolus, quam emptori, cum dixerimus nec delictum alienum, nec eius delicti pœnam ad alium pertinere debere? quia scilicet emptor si agens removetur ob dolum auctoris, vere alieni delicti pœnam patitur: qui autem ex caussa lucrativa successit, nullam, quamvis ex dolo auctoris eadem exceptione repellatur. Nam ille, ut dixi, remotus de pretio in dubium venit, ne una cum re id amittat: hic re amissa quam acceperat, nihil tamen suum amittit, qui pro re nihil dederat.

XXXVI. De re si quæritur, de qua doli exceptio competat, res expedita est. Nam si doli exceptio adversus eum est, qui quid dolo petit: perspicuum est hanc competere de ea ipsa re, quæ dolo petitur.

C A P. V I I.

De recto usu exercendæ exceptionis.

In exceptionum usu tria spectari, & quæ. I.
Pluribus & diversis exceptionibus de eadem re competentibus uti reo licet: secus in actionibus. Differentiæ ratio. II.
Exceptio potest obiici quandocunque ante rem iudicatam in bonæ fidei iudiciis. III.
At in strictis iudiciis initio litis ea contestari debet. IV.
Contrariis occurritur. V.
Exceptio ante rem iudicatam semper opponi, & disceptari debet. Omissa non inhibet iudicatæ rei exsecutionem. VI.
Excipitur Macedoniani & Velleiani duplex exceptio, & quare. VII.
Oratio veterum designandæ conditioni attemperata, qua exceptiones efferebantur. VIII.
Quæ talis orationis formulæ apud veteres. IX.

I. Superest, ut qui exceptionem iure constitutam habebit, is ea recte utatur, ut ei ad iustam defensionem prosit. Neque enim satis est exceptionem habere, qua uti possis, nisi ita utare, ut iure oportet. In quo quæritur de usu exercendæ exceptionis. In hoc usu tria spectantur; numerus exceptionum obiiciendarum; obiiciendi tempus; & concipiendæ exceptionis formula.

II. In numero quæritur, liceatne una tantum uti, an etiam pluribus. Una tantum quemque uti posse non dubitatur. An possit pluribus, dubium fecit exemplum actionum. Et ne nos fallat exemplum, hic admonemur dittare exceptiones ab actionibus. Cum enim plures actiones competunt eiusdem rei nomine, una tantum experiri licet. *L. nemo ex iis*, *§. 1. D. de reg. iur.* Pluribus autem exceptionibus quanvis diversis de eadem re concurrentibus, nemo prohibetur [1] uti omni-

1) *L.* 43. *pr. de R. I. C. nullus pluribus* 20. *de R. I. in* 6. Quintilian. *Lib.* 4. *Instit. C.* 3. *Recusatio, ait, quoque plures interim propositiones habet. Ut contra petitionem pecuniæ: Male petis: procuratori enim tibi esse non licuit; sed neque illi cuius nomine litigas habere procuratorem. Sed neque est heres eius a quo accepisse mutuum dicor; nec ipsi debui:* Vid. P. Fab. *ad d. L.* 43. Menoch. 2. *Præsumpt.* 42. Zas. ad *L.* 5. *&* 8. *h. t.* Covar. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 2. *&* 3. Gail. 1. *de pa. publ.* 17. *n.* 21. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 2. Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 336. *& seqq.* Neque ita solum ius esse DD. nostri volunt, si diversæ exceptiones una veræ esse iure possint, ut in relato exemplo Quintiliani. Sed & si contrariæ. Veluti si petenti fundum obiiciat reus primo præscriptionem, deinde fundum suum esse ex privilegio Cæsaris Zas. ad *d. L.* 8 *n.* 1. Quod haud dubie obtinere docent cum sub conditione & disiunctim proponuntur, veluti: Nego me mutuum accepisse, & si accepi, dico me solvisse, pactum ne peteres &c. Zas. ad *d. L.* 8. *n.* 4. Menoch. *Præs.* 42. *n.* 2. Speckh. *d. loc. n.* 2. Nec tamen ita deduci omnino oportet (ut Zas. *d. loc.* & Speckh. *d. n.* 2.) Sed & diverso tempore, quandoque proferri possunt ut *h. Cap. N.* 3. & quandoque coniungi. Unde recte Menoch. *d. n.* 2. eas *multo magis* sub conditione recte deduci: non dicit *solum*. Sane exceptiones præcise & in facto sibi invicem contrariæ non nisi absurde iungerentur. Quis enim propitiis auribus iudex audiet proferentem se eodem die & Lutetiæ solvisse, & Venetiis ne a se peteretur pepigisse. Covar. *d. Resol.* 1. *n.* 2. Menoch. *d. loc. n.* 6. & Speckhan. *n.* 8. *per L.* 2. *§.* 1. *Quand. app.* Fac. *L.* 188. *de R. I. L.* 14. *C. de fi. instr.* Quin nec si diverso tempore, successive ita quis defendat, audietur, nec si diversis instantiis Zang. *d. loc. n.* 338. Cæterum nil vetat eas defensiones vel initio citra alternationem coniungere, quæ ut iure contrariæ sunt, in facto tamen, ut DD. loquuntur compatibiles. Seu, quod aptius forsan dicetur, quæ civiliter quidem spectatæ, & ut cuique defensioni sua per leges constat natura, una plures non consistunt, naturaliter tamen omnes veræ esse, & ex facto ita evenisse possunt. Quo inspecto vere non tam contrariæ quam diversæ. Exemplis hæc plana reddam. Qui debuit 10. primo pactus est ne peteretur, postea delata conditione iuravit se non debere. Demum conventus iudicio absolutus fuit. Huic, si denuo lite pulsetur, tres paratæ sunt iure exceptiones: Pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ. Eædemque sibi invicem nullo modo, nec in iure, nec in facto, civiliter aut naturaliter, adversæ: Ast pone: Ex litteris obligatus ad 10. spe recipiendæ pecuniæ, ea non recepta, conditione delata iuravit se non debere, idem, ut abundantius sibi prospiceret, pactus est ne de 10. illis ageretur. Tres hic convento intra biennium exceptiones: Non numeratæ pecuniæ, iurisiurandi, & pacti, in facto omnes secum con-

spi-

omnibus: ut, si is qui iuravit se non debere, idem pactus sit, ne peteretur, idem de ea re iudicio quandoque absolutus: potest his omnibus exceptionibus se tueri, iurisiurandi, pacti conventi, rei iudicatæ. *L. nemo*, 8 *L.* 5. *D. de exc.* Differentiæ ratio non illa est, quæ

spirantes. Et priores qnidem etiam omnimodo in iure. Quis enim ambigat tunc maxime verum iusiurandum iure inesse, cum vere iuratum est. Posterior quadantenus inconveniens, cum pactum non poruerit tollere naturalem obligationem, quæ nulla subsuit. Apertius ita pone: Pupillus sine tutoris auctoritate acceptam pecuniam perdidit. Idem pubes redditus convenit ne secum ageretur; Actum non est, usque quo dies eius actionis exiret. Eo ipso agitur. Pupillus qui fuit, maior iam redditus, potest coniunctim & inficiari debitum (neque enim initio inutilis pubertate convaluit obligatio) & præscriptiones pacti ac temporis obiicere. Quia etsi inficiatio pariter & exceptiones propositæ iure non conveniant, cum superflue pactus sit, cumque actioni nunquam natæ præscribi iure non potuerit; In facto tamen amice conveniunt, nec fidem sibi invicem derogant. Unde & si expedire putet, illa negatione (quam facti & intentionis exceptionem interpretes appellitant) relicta ad has exceptiones vel earum alteram, confugere potest. Confer not. *supra C.* 1. *N* 4. *sub fin.* Sic finge; Qui mutuo nunquam accepit, nec ulla actione obstrictus, importuna interpellatione commotus, veritus calumniosam litem & ne falsis probationibus obrueretur, extra iudicium 10. solvit, de iisdem demum pacto transegit. Lite postea pulsatus triplici defensione se recte tuetur. Inficiatione nuda, allegatione solutionis & exceptione pacti, seu transactionis. Quæ iure quidem contrariæ, cum nec solutio vera sit nisi debiti, nec transactio de debito nullo vel soluto; Natura autem, & eo quod ea facto contigisse potest inspecto, non item. Quia evenire potuit, ut & naturaliter numerata sint 10. & verbis paruium transactum. Liberumque est ei unde petitur, an una hæc proponere coniunctim velit. Nec probandi qui alternatim ita excipi necesse putant: Nego te mutuo dedisse, & si dederis vel constiterit te dedisse, dico me solvisse, pactum ne peteres; post alios Zaf. ad *L.* 8. *h. t. n.* 4. Speckan *d. Q.* 2 *n.* 2. Nisi, ait hic, coniunctim prolata alternatim accepta velit excipiens, quæ declaratio admittenda. Ast immo quæ coniunctim suo sensu sibi probe constare possunt, disiunctim interpretari nihil attinet. Sane cui propositum est præter inficiationem aliis defensionibus uti, & (ut vulgariter loquar) præter intentionis exceptionem alias peremptorias obiicere, eius æstimationi consultius videtur, (præsertim cum ceu ex facto proprio conveniatur, cuius probabilis non est ignorantia) si ita ex. gr. se defendat: Nego me tibi 100. ex mutuo debere vel unquam debuisse. Et si omnino debuissem (quod falsum est) tamen cum to mecum ita segeris, obligatio & debitum perempta essent. Item: Nego me tibi 10 ex vendito debere, & si omnino deberem, tamen cum tu mihi tantundem ex mutuo debeas, compensationis æquitas me securum redderet. Quomodo & in similibus cautiores patroni experiri solent. Tantum vero abest ut alternatio ac disiunctio hic sit necessaria, ut si quis ad liquidum verba exigere velit, nec unquam ei locum esse deprehendat. Quandoquidem intentionem Rei variantem & inconstantem reddit: Hæc enim verba: *Dico me non accepisse, & si accepi, reddidi*: pariter assertionem continent & dubitationem, per naturam conditionis, & vim voculæ *si* quoties præterito perfecto iuncta. Illa autem: *Nego te mihi credidisse, & si credidisses, tamen cum transegerim, non amplius deberem.* Item ista: *Nego me* 10. *debere & si deberem, compensatione tutus forem*, nihil varietatis habeat. Quin affirmatio priorum verborum augetur in posterioribus. Nam vocula: *si* iuncta imperfecto vel plusquamperfecto non dubiam (sicuti præsenti & præterito iuncta) reddit priorem orationis hypotheticæ partem sed plane certam. Confer not. *supra Lib.* 15. *C.* 12. *N.* 2. *propius fin.* Enimvero nolim in hoc rigidius agere cum DD nostris quorum honori parcendum duco. Qui in effectu, illa disiunctione, velle videntur, probandum primum hic actori (quod crediderit ex. gr.) eo probato demum, nec alias, Reum ad probandum (solutionem, exceptionemve suam) teneri: Verum qui sentiunt coniungi citra alternationem exceptiones has non posse, errore labuntur: Sive id ideo volunt, quod coniunctione secum pugnans reddatur intentio; quippe aliud iam evicimus. Sive quod ita ad omnia probanda se adstringat excipiens, sive quacunque tandem ratione. Nam & ex pluribus exceptionibus unam probare sufficit, & si eas præcedat inficiatio intentionis, illa prius actori adstruenda. Quare etsi Reus ita se defendat: *Nego me mutuum accepisse, & præterea dico te mecum pactum ne peteres me, ex conditione delata, iurasse tibi nihil debere, diem actionis exiisse, denique te mihi tantam quantum abs me usque petis, vere debere, unde compensatio esset si quid omnino deberem*; ubi mera coniunctio; nulli tamen probationi initio se adstringit, quin eam a se removet arg. *L.* 9. *C. h. t.* Ac licet quædam harum defensionum priori iure adversæ, & ita contrariæ videantur, possunt tamen ex facto omnia ita contigisse, ut veræ sint, sicut ostensum est. Pariter & hic: *Nego me tibi quidquam debere, & præterea dico me solvisse*, nihil est quod coniunctam orationem repudiet. Potest enim & qui nihil debuit, naturaliter & de facto solvisse indebitum. Quod etsi in dubio probabile non sit *L.* 25. *de prob.* hic tamen non quid vero simile, aut verum sit, (id enim in progressu litis & disceptatione patescit,) sed quid, talem natura, esse possit, spectatur; satisque est si impossibilitas & directa contrarietas, ubi alterum falsum esse necesse est, excludatur. Plane uti aliæ alias calumniosi mendacii pœnæ *L. ult. de R. V. Nov.* 18 *C.* 10. vid. *supra Lib.* 20 *C.* 3 *n.* 10 *sub fin. ibid. N* 17. ita & qui intentionem actoris malitiose negavit, & convictus, exceptionem quandoque amittere iniquum non est. Quomodo qui exceptione non numeratæ pecuniæ obiecta actorem ad probationem compulit, non auditur, si accepisse convictus dicat se solvisse *Nov.* 18 *Cap.* 8 *auth. contra C. de non num pec* Menoch 2. *Præs.* 42 *n.* 8 Et qui se socium negavit exceptionem competentiæ amittit *L.* 22. §. 1. *de re ind.* Et quod hypothecaria conventus dominium vel possessionem rei pigneratæ actori negavit & convictus, exceptionem excussionis perdiderit ex Senatus Sabandiæ decreto narrat, A. Fab *C. suo h. t. defin* 32. Fac. §. *ult. in f. tall. de fideic her.* add. Zanger. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n. ult.* Speckan *d. Q.* 2. *n.* 9. Iac Schult *Obs. forens.* 44. Quocirca rationi iuris pariter & naturæ adeoque sanctitati iudiciorum convenire puto, ut ne unquam, sive eodem, sive diverso tempore, una aut alia instantia, coniuncta vel disiuncta, soluta vel separata oratione prolatæ vere contrariæ defensiones cuiusquam audiantur; Quæ nempe semetipsas refellunt, fidemque sibi invicem derogant per *d. L.* 188 *de R I L.* 14. *C. de f. instr.* Quæ nimirum uti nec natura & in facto veræ esse aut conciliari possunt; nec probabili opponentis ignorantia excusantur. Neque hoc firmare multis attinet, cum ea naturæ principio cuivis congenito, ducatur. Et cum mendacium admissum iudicio, etiam citra pugnantiam, iuste plectatur, maiori ratione ne admittatur cavendum & impediendum. Quæ eo tendunt, ut moneamus ne cui incauto imponat nimis generale eorum dogma, qui secure docent, exceptiones contrarias obiici posse. Et dum eas solum excipiunt quas incompatibiles vocant, quarum exemplum antea attuli vers. *Quis enim æquis*, reliquis locum dant, iis etiam quæ si non ita directo, tamen non minus incompatibiles nec magis conciliari possunt. Nec aliud præ se fert Menoch ut *h. C. N* 3 Unde iuxta eorum doctrinam admitti consequens tales defensiones: Nego te mihi commodasse librum & si commodasti recepisti. Nego me unquam tecum contraxisse & si contraxi metu compulsus, dolo persuasus fui. Nego me possidere rem quam petis, & si possideo mea est, quam usucepi. In his inquam & similibus infinitis, quoties is unde petitur notitiam rei habet, non potest non carere labe mendacii. Proinde eas (cum illa notitia apparet, nec ignorantiæ locus) iudicio non admittendas reor. Quippe varians hic nec secum conveniens oratio, quæ & asserit absolute priori parte, & fluctuat altera. Plane in exemplo superius relato: *Nego te mutuo dedisse, & si dedisti solvi*, etsi quoad vim verborum æque fluctuatio (unde commodius ita dici ostendi & *si dedisses, tamen quia solvi, non deberem amplius*) quoad sententiam tamen salvari facile potest *si dedisti*, ponamus ita esse contentionis evitandæ gratia, *solvi*, id est, vere numeravi. Utrumque enim esse potest: & ut non dederit actor mutuum, & ut ei solutum sit, naturaliter scilicet indebite. In illis vero modo relatis nec naturæ ratio nec contradictionis lex unquam admittit, ut & commodatum non fuerit & exinde receptum. Ut & contractum non fuerit & metus, dolusve contractui caussam dederit. Ut & quis non possederit

quæ videri tamen potest, quod [2] favorabiliores sint rei, quam actores. *L. favorabiliores, D. de reg. iur.* Huic enim sententiæ locus est, eum æquitas non refragatur, nee adversario fit iniuria; quæ ab omni iudicio abesse debet: ac de æquitate, & iniuria contraria hic dubitari potest. Sed hæc ratio est, quod pluribus actionibus de eadem re concurrentibus si quis omnibus uti vult, non potest, quin iniquum sit, aut supervacuum. Iniquum est, si pluribus sæpius utitur, ut iterum idem consequatur: est enim contra bonam fidem bis idem exigi. *L. bona fides, D. de reg. iur.* Sin pluribus agendo semel tantum idem consequi vult, supervacuum. Nam ad rem semel consequendam una actio sufficit: non convenit autem reum supervacua actione onerari, non sane magis quam supervacua stipulatione, de qua in *L. hac stipulatio, §. 1. D. ut leg. seu fid. no. cau.* Contraria de caussa pluribus exceptionibus eiusdem rei nomine uti reo licet. Est enim æquum, & minime supervacuum. Æquum, quia omnes defendendi rei caussa comparatæ sunt, & huc spectant, ut ei ius suum tueantur, quod tueri eum in omnium persona, tum maxime in persona reorum æquum est. Nec quia plures sunt numero exceptiones, ideo in his simul usurpandis unquam fit actori iniuria, aut quidquam fit a reo contra bonam fidem. Quotcunque enim a reo obiecta erunt, omnes huc pertinent, ut reus consequatur rem unam duntaxat, & semel: nempe unam liberationem eius rei quæ petitur. Hæc liberatio ei debetur; debitam qui petit, ius & æquum postulat. Et ut hoc iniquum non est, eonsedi reo pluribus exceptionibus uti; ita multo minus reo est supervacuum ad defensionem, sed maxime necessarium. Nam si unam exceptionem primam non satis probat, [3] succedet altera, qua se tueatur & ius suum teneat. Si ne hæc quidem probatur satis, subsidio adhibebitur tertia, qua id saltem consequatur. Merito igitur hic distinctæ exceptiones sunt ab actionibus, cum quæritur an his pluribus eiusdem rei nomine uti liceat.

III. Tempus idoneum obiiciendæ in iudicio exceptionis aliud habetur in bonæ fidei, aliud in strictis iudiciis. In iudiciis bonæ fidei non est necesse exceptionem initio contestari, quandoque ante rem iudicatam obiicere satis est, ut ea probata sit ex officio iudicis reum absolvere. Id significant illæ sententiæ veterum: exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis; exceptiones bonæ fidei iudiciis contineri; item etsi in bonæ fidei iudiciis non exciperetur, satis per [4] officium iudicis consuli. *L. 3. D. de resc. vend. L. huiusmodi, §. qui servum, D. de leg. L. plane. L. ult. D. de her. pet.* Non enim alia de caussa dicuntur exceptiones his iudiciis inesse, his contineri, quam quod etsi per litis contestationem nominatim verbis in iudicium deductæ non sint, vi tamen ipsa & potestate iudicii tam his in iudicio uti licet apud iudicem, quam si aperte in iudicium deductæ essent. Nec contrarium est, quod dicitur, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse, ne in bonæ fidei quidem iudiciis.

sederit rem & usuceperit. Quare etsi in hisce altera orationis pars hypothetica, nulla tamen ratione conciliari priori potest. Nec effici ut utraque pariter vera sit, sed propter coniunctionem prioris partis absolutæ necesse est alteram esse falsam. Enimvero ubi ignorantia in defendente (veluti in herede plerunque, & interdum etiam in facto proprio) talis esse potest ut mendacio careat, iuste audietur eiuscemodi defensio. Neque enim verba captare convenit. Sed tunc vis verbum *nego* inflectetur, ac si diceret: *non puto*, quia mihi non constat, neque id credere convenit, nisi probetur &c. Cautiorque oratio si dicat: *Non puto, Non credo*, Quomodo usu obtinuit, ut ad positiones & articulos respondeatur: de quo suo loco. Sic potest quandoque sine mendacio homicidii reus excipere: Nego me necasse & si necavi dico me animo defendendi fecisse. Quid enim si vere se tueri necesse habuerit, iuste autem ambigat an necatus eo vulnere mortuus. Nunquam autem facile ita sine mendacio: Nego me vulnerasse & si vulneravi feci ut me defenderem. Sed de his fere item nimia.

2) Quomodo Zas. ad *L. 8. h. t. n.* 3. Menoch. 2. *Præs.* 42. *n.* 2. Hippol. a Collib ad *L. 41. & L. 43 de R. I.* & Speckh. *Cent.* 3 *cl.* 4. Q. 2. *n.* 3. Addit Zasius *ex Dyno* quod in potestate actoris sit, qua actione experiatur. Unde sibi imputet, si non bonam elegerit. In rei potestate non ita est: Sed quia hæc ratio non perpetua, veriorem hanc censet Zasius. Liberum est actori agere, non liberum reo defendere. Quare quia non tanta libertas defendendi in reo, quanta lacessendi in actore, varia huic arma indulgentur.

3) Quippe unam probari satis est per *L. 13. C. de transf.* Sich. *ibid. n.* 10 Stratic. *Obs. Pract. C* 22. *n.* 51. Et posse eas diverso tempore, ac per intervalla, separatim obiici sentiunt nostri Speckhan. *d.* Q. 2. *n.* 4. ac in diversis instantiis Menoch *d. Præs.* 2. *n.* 4. Hart. Pist. *Lib.* 4. Q. 23. *n.* 33. *& seqq.* Quin imo Zas. ad *L. 5. h. t. n.* 3. *&* 4. docet: Etsi reus malitiose distulerit ac omiserit in primo iudicio, posse eum si succumbit, opponere in caussa appellationis. Sed tunc propter dolum condemnari eum in expensis omnes, licet in appellatione superior fiat per *C. exceptionem* 12. *extr. h. t.* & accedit Speckhan. *d.* Q. 2. *n.* 7 ubi corrupte legitur, *prioris* pro *posterioris*. Sed hæc iuri & sententiæ Donelli non conveniunt in strictis iudiciis, ut *infra h. C. n.* 4. Usuque iudiciorum una omnes proponendæ. Non vero concoquere possum quod post alios Hippol. a Collib. ad *L. 43. pr. de R. I.* & Menoch. *d. Præsum.* 2. *n.* 7. docent ad proponendum contrarias exceptiones reum admitti, non autem ad probandum, cum contraria probare non possit, sed unum falsum sit. Nam si ita pugnantes, ut utraque simul nec in facto & naturaliter vera esse possit, nec ad proponendum admittendus reus, alias per occasionem iuris iniuria admitteretur, & coercendis malitiis constituta iudicia, iisdem, uti & mendaciis, viam aperirent. vid. *h. Cap. N.* 1.

4) Cuiac. 6. QQ. *Papin. ad L. 14. de Public. in rem.* In strictis autem iudiciis omissæ exceptiones per iudicem non supplentur, vid. *supra C. 2. N.* 11.

L. ut fundus, *D. com. divid.* Nam & in his iudiciis deduci intelliguntur in iudicium exceptiones potestate ipsius iudicii, etsi non aperta litis contestatione; siquidem ita iuris verba sunt, quibus hæc iudicia constituuntur, ut in his iubeatur iudex iudicare ex [5] fide bona, unde & bonæ fidei iudiciorum nomen; id autem est ex æquo & bono. *§. in bonæ*, *Inst. de actio.* Non est autem æquum eum qui exceptionem iusta de caussa constitutam habeat, condemnari.

IV. In strictis iudiciis contra hoc servatur, ut non liceat exceptionem pro arbitrio quandoque obiicere ante rem iudicatam; sed eam ab initio contestari oporteat, eaque contestatione nominatim in iudicium deducere: alioqui postea frustra obiiciatur. [6] Hanc sententiam multa probant. Primum hi loci, *L. emptor*, *C. de long. temp. præs. L. præscriptionem. L. si quidem*, *C. de exc.* quorum in prioribus duobus scriptum est, sufficere initio præscriptionem peremptoriam contestari, nec necesse esse eam probari statim: in tertio scriptum, exceptionem hanc quandoque ante rem iudicatam probari posse, sed habita prius exceptionis contestatione. Ex quibus prior oratio aperte hanc significationem habet, exceptionem quidem peremptoriam initio contestari debere; sed dum contestetur, hoc sufficere, nec simul eius probationem a reo exigi: similiter ut cum dicitur, adversus eum qui peieravit, nullam iurisiurandi retractationem esse, sed sufficere periurii pœnam. *L. nam sufficit*, *D. de dol.* Hoc significari constat, esse quidem & hic periurii pœnam; sed dum hæc adhibentur, sufficere. Posterior autem illa oratio, *habita exceptionis contestatione*, hanc conditionem exprimit, si habita sit initio litis contestatio. Qua conditione qui dicit quandoque postea exceptionem obiici & probari posse, utrumque sub contraria conditione negare & adimere intelligitur: collectio Papiniani est in *L. 1. vers. huius. D. de off. eius.* Ulpiani in *L. si procuratorem*, *8. §. igitur. pen. D. mand.* eaque vis est conditionis omnis, ut declaratur in *L. quibus*, *§. 2. D. de cond. & dem.* Eandem sententiam satis declarat & illa superior, qua traditur exceptiones bonæ fidei iudiciis inesse, ut non sit necesse eas in his iudiciis initio contestari. Si hoc proprium bonæ fidei iudiciorum, satis argumenti est non item inesse eas sua sponte strictis iudiciis, sed contestatione habita eas in iudicium deduci oportere. Postremo efficitur hoc idem illa ratione certi iuris, de qua ante commemoravimus, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse. *d. L. ut fundus*, *D. com. divid.* Deduci ergo exceptionem in iudicium oportet, ut de ea possit cognoscere iudex & pronuntiare. Atqui in strictis iudiciis deducitur quidque in iudicium per litis contestationem. *L. unic. C. de lit. contest.* Hanc igitur exceptionis contestationem præcedere in his iudiciis oportet, ut sit in iudicio exceptioni locus.

V. Sed hic obiicitur. *L. peremptorias*, *C. sent. resc. non pos.* cuius in principio verba hæc sunt: *peremptorias exceptiones omissas initio, ante quam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat.* Atque hinc vulgaris error, quasi in omnibus iudiciis exceptionem peremptoriam quanvis litis contestatione in iudicium non deductam, liceat [7] nihi-

5) Ita & noster ad *L. 8. & 9. C. h. t. n.* 10. his ipsis verbis *bona fide* admitti omnem defensionem. Et quod exceptiones bonæ fidei iudiciis insunt non aliud esse quam quod non deducta initio in iudicium tacite tamen iudiciu continentur, ut quandocunque allegari possint. Etsi vero *d. L.* 8. *&* 9. aliæque contestationem requirentes, generaliter conceptæ, ad stricta tamen solum iudicia pertinere, itaque accipiendas, nisi pro natura iudicii non sit necesse eas initio contestari. Exceptiones quomodo bonæ fidei iudiciis insint, & num exceptionis doli obiectæ ea vis ut iudicium bonæ fidei reddat, excutiam aliquando in tractatu de bona & mala fide &c.

6) Recte. Quod Donellus noster hic & *infra Lib.* 24. *C.* 3. *ac ad d. L.* 8. *&* 9. *C. h. t. itemque ad L. except.* 19 *C. de prob.* non levibus & frivolis argumentis, ut fine iudicio iudicat Bronch. 4. *Ass.* 27. sed firmissimis satis superque adstruit. Cui convenit Duar. *ad t. C. de Probat. C* 4. *& in brevi exegesi ad h. t. D. de Exc.* Damhuder *Praxi civ.* C. 120. *n.* 4. *&* 5. Wesenb *supplem ad Sneidwin. l. h. t. n.* 9 Zang. *de Exc. P.* 3. *Cap ult. n.* 25. *& seqq.* Bocer. *Classe* 5 *Disp.* 16 *Th.* 79. Certe vetus iudiciorum observatio, qua exceptiones una formulis inclusæ, ut *supra C.* 1. *N.* 10. *&* 12. aliud non admitit. Unde *d. L.* 2 *C. Sent. rescind.* quæ & formularum novatione antiquior, & ad edictum perpetuum se refert, alio modo, quam hic & *infra d. Lib.* 24. *C.* 2. salva sententia exponi nequit. Nec puto re ipsa dissentire Cuiac. 9. *Observ.* 23. *&* 18. *Obs.* 34. dum docet: Peremptorias exceptiones quia sunt de iudicio constituto finiendo, remque ipsam feriunt, quandiu iudicium durat, opponi posse. Idque naturæ congruere ut ubi quandovecunque pulsamur integrum sit nobis nostras promere defensiones. Nam cum ipseque Cuiac. alibi doceat exceptiones actionum formulis a prætore additas ut not. *supra Cap* 1. *N.* 10. *&* 12. ni sibi ipsi eum adversari velis, necesse est *d. C.* 34. accipi de oppositione exceptionum antea contestatarum & de quibus una iudicium prius acceptum. Idque eius instituto, quo discrimen dilatoriarum & peremptoriarum edisserit, sufficere potest. Dilatoriæ enim nec si initio allegatæ, iudicio accepto denuo opponi regulariter possunt, ut *Cap. seq. n* 8. *N.* 26.

7) Enimvero hæc contraria iam relatæ sententia, quæ his exceptionibus in quacunque iudicii parte ante sententiam & conclusionem caussæ locum facit, crebrioribus interpretum & pragmaticorum suffragiis probata usu iudiciorum invaluit Zas. in *L.* 2. *§ ult.* iunct. *L. seq. h. t. n.* 5. Maranta *Speculo aureo P.* 6. *membro* 9. *n.* 12. *& n.* 17. Io. Bapt. Asin. *Praxi iudic.* §. 13. *C.* 4. Wurmser. *Lib.* 1. *Obs. tit.* 8 *Obs* 2. *n.* 4. *& Obs.* 4. *n.* 6. Hartm. Hartm. *tit.* 9. *Obs.* 1. Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 6. *Cap.* 4. Bronch.

nihilominus quandocunque obiicere ante rem iudicatam. Sed omissas peremptorias exceptiones illic accipere debemus contestatas quidem, sed post litem contestatam interim ad disceptandum omissas, idest, dilatas & intermissas, donec actor intentionem suam probaverit; si quidem reus de intentione actoris dubitans hanc negaverit, & nihilominus usus sit exceptione, quam fuerit contestatus. Dubitaremus hoc ita esse nisi aperte sic [8] explicaretur in *d. L. emptor, C. de long. temp. præs.* *d. L.*

4. Bronch. 4. *Ass.* 27. Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. Quin immo sunt ex his qui nec proponi posse censent, ante litem contestatam quasi præpostere agat reus. Wurmser *d. Obs.* 1. *n.* 2 Quia, ait, oportet partes prius ingredi iudicium, quam deveniant ad conflictum. Sicuti in bello non prius pugnari potest, quam utraque pars ingrediatur campum, & Coler. *ad C. cum venerabilis* 6. *ext. h. t. n.* 62. Qui tamen ne in eo & aliis DD. Maranta *d. n.* 9. & manifesto iuri *L.* 8. *&* 9. *C. h. t.* ac similibus obloquantur, (cum immo & aliquando per obiectum peremptoriæ fiat litis contestatio. Wurmser. *d. tit.* 8. *Obs.* 4. *n.* 1. scite Iac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 7. *& seqq.*) eaandiendi quoad probationem. Ut scilicet reus obiecta peremptoria ea, quæ non est litis finitæ, non audiatur si probare velit, priusquam iudicium accipiat, & ita litis contestationem impedire, vid. *N. seq.* Quomodo & ipse, Wurmser. se explicat *d. tit.* 8. *Obs.* 5. *n.* 1. Secuti quoque accipiendum quod Rulant. *de Commissar. P.* 4. *Lib.* 8 *C.* 6. *n.* 5. scribit rarissime Peremptorias in Camera ante litis contestationem admitti, scilicet ut statim earum discussio fiat. Mynsing. 1. *Obs.* 24. Plane Zas. *d. n.* 5. monet cautos advocatos non post iudicium acceptum petere posse, ut adversario statuantur termini ad opponendas quascunque exceptiones, quibus lapsis non audiantur; & Blarer. ad *L. diffamari C.* 6. *n.* 18. Quod de dilatoriis quidem nominatim cautum est in *Cap. pastoralis* 4. *extr. h. t. & Nov. Elect. Sax.* 3. *P.* 1. *ut C. seq. N.* 25. Sed Ordinatione Cameræ Imperialis *P.* 3. *tit.* 13. *§. ult. & tit.* 24. *& tit.* 27. idem de peremptoriis, nec iis solum quæ in vim dilatoriarum obiici solent, sed & aliis *d. tit.* 27. statutum, ut nempe omnes uno termino simul & coniunctim proponantur, vel saltem priusquam prima dilatio ad probandum detur actori. Nisi post terminum competere cœperit vel ante per ignorantiam omiserit, idque iureiurando testatum faciat *d. C. pastoralis* 4. *d. tit.* 27. *in f.* vid. Mynf. 5. *Obs.* 89. Ott. Meland. *Com. Cameral. p.* 7. *f.* 125. *ac seq.* Speckh. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 2. *n.* 5. *&* 6. exacte Ioan. Pels *Process. iud. tit.* 35. *n.* 7. *& seqq.*

8) Ita & noster ad *L.* 10. *C. de prob. n.* 19. *& seq.* Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 39. Itaque cum de tempore quo hæ exceptiones probandæ quæritur, hæc iure distinctio est: Aut reus de intentione actoris confessus exceptionem obiecit, & statim ea probanda. Aut ea (intentione) negata, & non prius probanda, quam actor intentionem impleverit *L.* 9. *C. h. t.* Interim autem omissa, id est, dilata, post ante sententiam quandoque opponi, id est, repeti ac disceptari potest. Don. ad *d. L.* 8. *&* 9 *C. h. n.* 4. Confer. Zang. *P.* 3. *C. ult. n.* 142. *& seqq.* Longe alia vulgaris usuque iudiciorum probata distinctio. Qua duplex eas opponendi ratio statuitur. (1) In vim dilatoriarum, aut declinatoriarum, ubi impediant litis contestationem & ingressum iudicii. (2) In vim peremptoriarum cum merita caussæ respiciunt, vid Maranta *P.* 6. *memb.* 9. *n.* 13 *& seqq.* Wurmser. *tit.* 8 *Obs.* 3. *&* 4. Hart. Hartmanni *tit.* 9. *Observ.* 1. Afin *Praxi iudic. §.* 13. *C.* 3. *&* C. 9. Chil. Goldstein. *Process. P.* 2 *C.* 36. Obrecht, *de lit. contest. C.* 9. *n.* 6 *& seqq. etc.* Unde ex peremptoriis alias vocant litis finitæ, & privilegiatas, itemque anomalas ac mixtas, quas utroque modo, & ante litem contestatam ad iudicium declinandum & post eam ad merita caussæ obiicere licet. In quo ipso tamen non usquequaque conveniunt, etsi non tam in effectu dissentire, quam verbis videantur. Ex quibus ut quædam, quia sunt vulgaris usus sunt, delibemus, statuenda primo est regula: Exceptiones Peremptoriæ obiectæ non impediunt litis contestationem, nec per illa dechoat reus iudicium, sed eo accepto demum discutiuntur & cognoscuntur *C. super Quæstionum* 27. *de off. deleg.* C. 1. *de lit. cont. in* 6. *Ord. Cam. P.* 3. *t.* 27. *§.* 1. Nam cum negocium principale & merita caussæ respiciant, ante iudicium acceptum lite principali nondum nata, disceptari nequeunt. Gail. 1. *Obser.* 74. *n.* 13. *& Obs.* 119. *n* 9. *&* 2. *Obs.* 17. *n.* 1. Unde tali exceptione obiecta litis contestatio iniungitur, salva & reservata eius examinatione post iudicium acceptum, Mynf. 1. *Obs.* 24. Regulæ illius sequentes statuuntur limitationes. (1) Nisi notoria sit, per *Cap. quoniam* 10. *de fil. presbyt.* & quia in notoriis iuris ordo non curatur, nec evidenti actoris malitiæ indulgendum, ut alium molestia litis implicet. Bover. *Sing.* 52. *n.* 9. Hartman. *d. Obs.* 1. *n.* 13. *& seq.* Coler. *de Process. P.* 4. *C* 1 *n.* 48. *& n.* 162. Fac. *L.* 1. *§. ult. ad SC. Tertyll.* Quæ autem notoria dicatur, vid. Ioan. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 27. *& n* 56. *& n.* 94. Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 1. *n.* 102. talem esse censet etiam quæ per aliud instrumentum probatur, quæ tamen ad speciem seq. referenda. (2) Nisi non modo non requirat altiorem quæstionem, sed & plane liquida sit: ut statim una dum obiicitur doceri possit. Hartm. *d. loc. n* 2. (etsi non sit notoria *ibid. n.* 8.) vel incontinenti: post Menoch. *Arb. casu* 19. Iannin. *Lib.* 2. *de Guar. reali Cap.* 1. *n.* 82. *&* 85. *& n* 99. Quæ illæ: vid. Menoch. *d. loc. & recup. poss. remed.* 1. *n.* 160. Coler. *de Process. P.* 4. *C.* 2. Maranta *d. loc. n.* 16. (scribens ad hoc in Regno Siciliæ 5. solum dies indulgeri) novissime Iac. Schult. *Obs. forens.* 29. *n.* 1. *&* 8. *seqq.* Neque hæc a veritate theorica valde dissidere puto. Verissimum enim reor, quod Hot. *ad §.* 3. *& §.* 5. *I. h. tit.* docet iis casibus, quibus ex. gr. pactum factum esse, vel iudicatum constaret, maxime confessione adversarii, exceptionem non necessariam fuisse (ita nimirum ut formulæ includeretur a prætore & iudicium constitueretur) sed nec actionem datam fuisse a prætore. Nam in exceptione quæritur, deque eo iudici dato cognoscendum erat, an pactum factum sit necne, utrum iudicatum sit necne. Alioqui stultus Prætor, eiusdem rei iudicium iterum constituens, etsi cum exceptione: tum quod actum ageret, tum quod ridicule quæri iuberet de eo quod sibi constaret, quodque inter litigatores confessum. Hot. *ad d. §.* 5. Quo facit quod Cic. *Orat. pro L. Flacco.* Præsides de rebus iudicatis *denegare* actiones consuevisse. Et quod aliqua inter hæc differentia: Actionem ipso iure non competere, & non dari vel denegari a Prætore A. Fab. ad *L.* 4. *Qui sat. cog.* Fortun. Garcia ad *L.* 7. *§.* 7. *de pact. n.* 35. *& seqq.* Denique facit *L.* 3. *§.* 13. *ad exhib.* & confirmat arg. eor. quæ dicta sunt *N.* 8. *ad Commentar. in Tit. Digest. de Iusiurand. C.* 7. *n.* 1. (3) Nisi peremptoria ea pariter sit intentionis, concludens ius agendi non competere actori. Gail. 2. *Obs.* 17. *n.* 2. *&* 3 Hartm. *d. Obs.* 1. *n.* 6. *&* 7. Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 3 De quo vid not. *infra Lib.* 24. *Cap.* 2. (4) Nisi sit exceptio litis finitæ. Huiusmodi tres præcipuæ: Transactionis. Rei iudicatæ, & Iurisiurandi, quæ in *Cap.* 1. *de lit. contest. in* 6. & facit *L.* 10 *L.* 16. *C. de transf. L.* 56. *de re iud. etc.* Obrecht. *de lit. contest. C.* 9. *n.* 6. *& seqq.* Afin. *Praxi iudic. §.* 13. *Cap.* 3. *n.* 2. & DD. vulgo. Quas peremptorias privilegiatas quidam vocant, quæ naturam præiudicialium habeant & ad processum opponantur. Hartm. *d Obs.* 1. *n.* 3. Coler. *de Process. P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 151 Quæ non concernunt obligationem, sed contra negocium principale perimunt actionem. Chil. Goldstein *Process. P.* 2. *Cap.* 36. Neque enim hic merita caussæ excutiuntur, nec exquiritur an iuste iudicatum, vere iuratum, ex æquo transactum sit, sed an iudicatum &c. quoquo modo. Ne semel sopita resuscitentur, indeque lites inexplicabiles reddantur *L.* 6. *de exc. rei iud.* Obrecht *de lit. contest. C.* 9. *n.* 6. *&* 7. Hartm. *d. loc. n.* 4. *&* 5. Atque his equidem addenda exceptio præscriptionis: Quæ litis finitæ statuitur per *L. ult. pro suo L.* 9. *C. de præs. long. temp. L.* 1. *§. ult. in fin. ad SC. Tertyll.* Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 136. Maranta *P.* 6. *memb.* 9 *n.* 12 Wurmser. *Tit.* 8. *Obs.* 4. *n.* 2. & alii passim add. *supra Cap.* 2. *N.* 5. Uti & exceptio pacti de non petendo. Foller. *addit. ad Marant. d. memb.* 9. *n.* 50. Et generaliter litis finitæ dici, quæcunque agentem sine actione experiri dictat, tradit Wurmser. *t.* 8. *Obs.* 4 *n.* 2. & de communi opinione testatur Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 156. & per quam apparet actionem ipso iure sublatam esse, post alios Iac. Schult. *Obs. forens.* 7. *n.* 17. Unde solutionis, acceptilationis, confessionis, renunciationis litis motæ, exceptiones hæc refert Foller. *d. loc. n* 46. *&* 3. *seqq.* & Coler. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 153. Ut & pretii non soluti, vel non secuti implementi, *ibid. n.* 51.

d. L. præscriptionem, L. si quidem. C. de exc. Scimus autem verbum omittere sic accipi interdum, ut fit non aliquid in totum missum facere, sed intermittere & differre in aliud tempus: ut apud Horatium de arte poetica:

Pleraque differat, & præsens in tempus omittat.

VI. Sed sive exceptionem peremptoriam contestari necesse non est, ut in bonæ fidei judiciis: sive necesse est, ut in iudi-

n. 51. vid. not. Cap. praced. N. 19. Et alios plures recenset Asin. Praxi §. 13. Cap 9. Enimvero nimis generalis hæc doctrina & ipsi appellationi non convenit. Qui enim (ut in quibusdam exemplis) lis dicetur finita, ubi nulla necdum nata. Ac verba pariter & mens Pontif. Innoc. IV. in d. C. 1. de lit. cont. in 6. convincunt, quod præter tres superiores nulla alia litis contestationem impediat ac retardet. In quibus & ratio peculiaris, quod earum trium exceptionum probatio faciliores plerumque expeditus habeat; cum de sententia ex actis publicis apparere possit; transactio item & iusiurandum vulgo ad acta referri soleant, vid. Coler. ad C. cum venerabilis 6. ext. h. t. n. 71. & de Process. P. 4. C. 1. n. 159. Et præterea Pontifex motus videtur ratione, quæ in L. 6. de ext. rei iud. aliis defensionibus non ita congruenti. Plane ubi in continenti probari possunt reliquæ exceptiones, quas DD. etiam litis finitæ appellant, quin a limine iudicii arceant, ambigendum non est. Sed non id inde, quia litis finitæ sunt, sed quia in continenti &c. quod commune est omnibus peremptoriis, per ante dicta, Limit. 2. Nisi non modo &c. Quoad illas autem tres, quæ in d. Cap. 1. verius videtur iure Pontificio, & ex mente Innoc. IV. etsi paulo pleniorem disquisitionem exigant, nec minus tamen eas litis contestationem remorari posse. Nec prius istam reo iniungi, quam Iudex de exceptione cognoverit, eamque interlocutione sua reiecerit. Notanda enim in d. C. 1. vis verbi retardet. Quæ arguit si de re iudicata, transacta, vel iureiurando decisa excipiatur, posse non modo impediri litis contestationem ubi probatio liquida & manifesta exceptionis iustitia, sed & retardari, ubi minus expeditum, sed dubium & discussionis indigum ius defendentis. Et confirmari hæc possunt arg. L. 3. §. 13. ad exhib. A crebriori tamen & probatiori opinione alia Iudici via recedendum erit arg. L. 37. de LL. & simil. Qua & plures exceptiones litis finitæ statuuntur, & illis omnibus duplex opponendi modus tribuitur. Et prior quidem ad processus cursum inhibendum, ac sistendum, in vim dilatoriarum, ut dicunt, non nisi ante litem contestatam (nisi post competere cœperint, Wurmser. Tit. 8. Obs. 4. n. 21.) non aliter quam si altiorem indaginem non requirant. Maranta P. 6. memb. 9. n. 14. Alb. Galæot. Margarita aurea C. 14. n. 5. Stiat. Obs. Pract. Cap. 4 & DD. passim. Tunc autem si initio obiectæ, ante omnia discutiendæ & de earum iure pronunciandum, nec Iudex earum cognitionem reservare potest nec procedere ad ulteriora, etsi subiiciat: ne quid præiudicii exceptionibus fiat. Ne litis molestiæ intricetur reus & expensis inanibus oneretur. Stiat. d. C. 4. Ant Fab. C. suo h. t. definit 5. Quod si requirant, iis in præsens omissis, Iudex reum iudicium accipere coget, cavendo tamen, ne quid præiudicii exceptionibus fiat, sed ut easdem reus post litem contestatam repetere & in vim peremptoriarum opponere valeat Maranta d. n. 14. Stiat d. C. 4. Wurmser. Tit. 8. Obs. 2. n. 2. Hartm. Tit. 9. Obs. 1. n. 8. & n. 12. Moller. ad Nov. Elect. Sax. 3. p. 1. n. 4. & n. 12. Coler. P. 4. C. 1. n 156. Meland. Comm. Camer. p. 2. f. 371. Gail. t. de pa. publ. 15. n. 19. Iac. Schult. Obs. forens. 7. n. 26. Cuius reservationis memorabilis vis, ut in processu litis postea probata exceptio, omnis prius acta pro infectis habere efficiat, Maranta d. loc n. 55. post plures citatos Asin Praxi §. 18. C. 5. Noah Meurer. Process Camera p. 9. n. 4. Wesenb ad Suedvin. Inst. h. t. n. 9. Moller. ad d. Nov. 3 n. 5 Altioris disquisitionis exceptio quæ habenda, difficilis est definitio. Cumque sit magis facti, quam iuris, certa lege, aut regula (etsi quidam id tentent citati ab Asin. d. § 18. C. 4.) decidi nequit arg. L. 32 pr. de Usur. sed Iudici ex re definiendum, vid. Menoch. Arb. casu 30 Asin. de Cap. 4 lo. Meichsner. Tomo 3. Dec. Cam 13 n. 96. & Decis. 14 n. 105. & Decis. 16. n 28. Sine eorum doctrina qui altioris indaginis esse scribunt, quæ statim probari non potest, Orpheus Caraccioius addit. ad Nicol. Carbon practica Lib 1. Cap. 2. n. 21. quæ liquida non est, nec facile liquidari potest, Maranta d. loc n 16. cum grano salis accipienda, ne quem decipiat. Neque enim quæcunque in continenti probari nequit, altioris indaginis hic habenda, uti hæc opponit Maranta d loc. allas, ut recte Felinus referente Hart. d. Obs. 1. n. 10. nulla esset exceptio litis finitæ, cui peculiare ius præ aliis, sed hoc tantum spectaretur, num probatio peremptoriæ in continenti expediri posset. Sed nec quæ breviori tempore expediri potest, altioris disquisitionis est, sed immo idem effectus impediendi litis ingressum, cum ad eam probandam modica dilatio petitur. Hart. d. Obs. 1 n. 12. Veluti si, ubi post litem contestatam probationi præstitueretur mensis unus, aut alter, hic assignentur 10. aut 15. dies, ut post Castr. in L. 9. de iurei. & Modest. Pist. Muller. ad d. Nov. Sax. 3. n. 12. Etsi & ibid. confundat illa: in continenti, & intra hunc terminum assignatum. Scitum denique quod Hart. Pist. Lib. 4. Q. 10. n. 21. prodidit. Non quamlibet iuris quæstionem hoc efficere, sed quæ ob rationum & opinionum conflictum, factique qualitates non satis exploratas difficilem diiudicationem habet. Non si apertis & inspectis libris facile definiri potest. Salsumque quod subdit n. 31. Quando in Consistorio Principis lis agitatur, nulla iuris quæstio tam ardua, quæ altioris indaginis censeatur, ob Senatorum spectatam iurisperitiam. Postremo notandum hic duco quod a nostris non dico ignoratum, sed tradi neglectum miror, priori huic modo opponendi nunquam locum esse posse quam si de intentione actoris confitetur reus, vel saltem eius probationem non exigit, sed contra in se ultro recipit, ut L. 14. de Probat. Pone: Qui grege antea petito victus postea corpus ex grege vindicat. Is unde petitur, si neget rem actoris esse & præterea præscriptione iudicati inara L. 21. §. 1 de exc. rei iud. se tueatur, iuris ordo est, ut prius actor probet. Quin ipsa inficiatione lis contestata fuit. Unde si hic ipsam litem detrectare velit, ne iudicium accipiat, ita; ex. gr. proponere potest: Etsi satis mihi constet rem tuam non esse, tamen quia iam ante iudicatum est gregem totum &c. tuum non esse, dico lites sopitas non resuscitari, te autem a limine iudicii repelli debere: Item: Securus sane sum te probationem mutuatorum 10. quæ nunquam accepi, nullam habere. Attamen quia hoc instrumento, quod exhibeo, confestim iudici liquebit, de iisdem 10. iam ante nos transegisse ad illud confugere nihil attinet. Quin potius dico te, quod nullo iure decisa iam retractare satagis, ab ingressu litis arcendum &c. Satis de priori modo: Posterior ad merita caussæ & ad elidendum ius agentis, in vim peremptoriarum, ut dicunt, Asin. §. 13. C. 3. n. 5. Maranta d. loc. n. 13. & DD. passim cum post litem contestatam antea omissæ, nisi post iudicium acceptum competere cœperint ut supra vel ante litem contestatam quidem, sed ut post probetur. Wurmser. T. 8. Obs. 5. n. 1. ubi si initio obiecta exceptio litis finitæ, ex forma proponendi dignosci vult idem Wurmser. d. T. 8. Obs 3. n. 3. & 4. Obs. 4. n. 4. & seq ac Obs. 5. n. 2. utrum ad processum opposita sit, ut ingressum iudicii impediat, veluti: Tibi non competit actio, quia perempta est præscriptione, transactione; &c. Tua non interest; &c. Peto ne procedas, Iudex; en instrumentum solutionis: An vero ad merita caussæ & ut absolvatur reus, veluti: Peto me absolvi, quia præscripsi, actio est perempta, solvi, satisfeci. &c. add. Mon. Pract. P. 5. §. 6. C. 4. n. 8. & confer Iac. Schult. Obs. forens 26. n. 14. & seqq. Ubi notabile est (1) quod hic demum definitiva sententia ferri possit, Asin. d. n. 5. Maranta d. n. 13. & priori casu solum ab observatione iudicii absolvatur reus, non a petitione actoris & caussa, Wurmser. d. Obs. 4. n. 4. & Obs. 5. n. 5. quia, ait, lite non contestata, non potest ita absolvi per L. 4. C de sent. & interl. Tametsi vero novissime contrarium firmare nitatur Iac. Schult. Obs. forens 7. n. 28. & seqq. quasi ab instituta actione hac absolvatur reus, allegans Coler. ad Cap. cum venerabilis 6. ext. h. t. n. 40. tamen in Curia Lipsiensi cum quis peteret se definitive absolvi, opposita exceptione tali privilegiata in vim dilatoriæ, petitionem, ceu ineptam reiectam fuisse attestatur reconditæ doctrinæ & præcellentis iudicii, ac usus Iurisconsultus quidam in observationibus suis manuscriptis. Rationem iuris veteris si consulimus, neutra hoc casu

iudiciis ſtrictis: illud conſtat ſemper ſaltem ante rem iudicatam opponi & diſceptari debere. Quæ ſi erit prætermiſſa, placet re adverſus reum iudicata a qua appellatum non ſit, poſtea exceptionem ad inhibendam iudicati exſecutionem [9] obiici non poſſe, & quod idem eſt, *rem iudicatam non oppoſitæ præſcriptionis velamento reſcindi non poſſe*, ut eſt in *d. L. peremptorias*, in fin. *C. ſent. reſc. non poſ.* ductum ex illo, quod traditur de vi rerum iudicatarum, rebus iudicatis a quibus appellatum non ſit, ſtandum eſſe: &, poſt rem iudicatam nihil amplius quæri, quam an iudicatum ſit. *L. cum prolatis, L. poſt rem, D. de re iud.*

VII Exceptæ tamen hic exceptiones duæ, non ſolum quas neceſſe non ſit ab initio conteſtari, ſed etiam quibus omnino non oppoſitis liceat & poſt rem iudicatam his uti adverſus ſententiam priorem ad inhibendam exſecutionem rei iudicatæ: exceptio Macedoniani, & exceptio Velleiani: traditum in [10] *L. tamen, D. de*

caſu abſolutio convenit, ſed denegatio actionis. Confer. *ſupra verſ. Neque hæc a veritate* (2 notabile Quod eadem exceptio initio oppoſita in vim declinatoriæ, etiä Iudex contra eam pronunciaverit, ſcilicet eſſe procedendum in cauſſa & litem conteſtandam, poſſit denuo obiici in vim peremptoriæ, quæ vires negocii reſpicit, quia tunc tendit ad alium finem, poſt alios Bover *pag.* 51. *n.* 7. Sich. *ad L.* 10. *C. de tranſ. n.* 5. Quod intellige, etſi Iudex eam non reſervaverit, alias enim nullum dubium (Sed hic effectus is reſervationis de quo ſuperius, ceſſabit) Quod de exceptione iuriſiurandi tacite vel expreſſe ante relecta tradit Mynſ. 4. *Obſ.* 14. excipiens niſi iudex antea plene de ea cognoverit, (3) valde notabile quod Aſin *Prax iud.* §. 13. *C* 6. *n.* 7. & 8. ex plurium ſententiis, docet, quando reus lite conteſtata exceptionem rei iudicatæ non opponit, ſed poſtea ad merita & deductionem ſui iuris ſententiam allegat, novæ liti acquieviſſe eum cenſeri. Iudicemque de iuſtitia ſententiæ, & ſi probationes adverſarii firmiores, contra ſententiam pronunciare poſſe ac debere per *L. duob.* 29. *de exc. rei iud. ibique not.* Itemque quando de æquitate ſententiæ diſceptari paſſus reus, & deinde exceptionem rei iudicatæ obiicit. Et hæc modo ſufficiant.

9) *Cap. inter monaſteria* 20. *C. ſuborta* 21. *extr. de re iud.* Quia ſi exceptio eſt excluſio actionis, non erit excluſio ſententiæ *Zaſ. ad L.* 2. *h t. n.* 16. Et quia ex nova cauſſa iudicati obligatio nata actori *L.* 16. § 6. *de pig.* Padilla *ad L.* 1. *C. de iur. & fac. ig. n* 1. Aſin. *pluribus citatis* §. 13 *C.* 4. lo. Omphal. *Lib.* 2. *de uſurpat. n.* 13. *& relatis N ſeq* Quæ exceptiones priori omiſſæ iudicio in appellatione admittantur vid Aſin. *d* §. 13. *C.* 2 *limit.* 4. *&* 5 & Hart. Piſt. *Lib.* 4 *Q.* 23. & dicetur forſan ſuo loco.

10) Enimvero pluribus caſibus DD noſtri exceptionibus poſt ſententiam & in exſecutione iudicati locum tribuunt, de quibus Zaſ *ad L.* 2 *h. t. n.* 16. *& ſeqq.* Marant. *p* 6. *membr* 9 *n.* 18. Gail. 1 *Obſ* 113. *n.* 5 *& ſeqq.* Nic. Valla *de reb. dub. Tr.* 16. A Fab. *C ſuo h. t. defin.* 2 Padilla *ad L.* 1. *C. de iur. & fac ig.* Trentac. 2. *Pract. Reſol. de Exe. Reſ.* 1. Confer Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. p* 5. §. 11 *&* Coler *de Proceſſ. exſec. p* 4. *C.* 1. *paſſim.* (qui poſteriores de exceptione contra exſecutionem ex vi inſtrumenti vel ſtatuti, opponendis tractant.) Qui quoniam in hoc coniunctim de dilatoriis & peremptoriis tractant, harumque loco etiam intentionis exceptiones habent, eorum veſtigiis inſiſtendo præcipua delibavimus; tum quia præclari uſus, tum quia in reliquis huius capitis curioſe exquiſitis eſſe libuit. (Ubique non licebit, ne in nimiam hæc molem excreſcant.) In quo hic forſan ordo non inconcinnus: & is quidem totus noſter, nec a quoquam, vel partium ratione, acceptus. Ut ſic opponi queant, facit ut privilegium perſonæ: Et vel ipſo iure, *ut L.* 1 *C. de iur. & fac. ig* Si miles armatæ militiæ, quia excluditur inermis, tam togata, quam cœleſtis quæ dicitur Quare hoc privilegio nec advocati & ſimiles, (in quibus & iuris ignorantia opprobrio eſt) Duar *ad d. L.* 1. *&* Coraſ. *n.* 9. *&* 10 & Padilla *n.* 10. Trenta. *d. Reſ.* 1. *n.* 45. nec etiam clerici gaudent, Trentac. *d n.* 45. ſic omnes, tribus exceptis concludere ſcribens Coraſ *d n* 10. & Padilla *n.* 7. ubi tamen & contrariam communem dici teſtatur Gaudent autem milites quoque noſtri hodieque, ſi exercitiis bellicis vacent, vid. Padilla *ad d. L.* 1. *n.* 12. Trentac. *d. Reſol.* 2. *n.* 49 arg. eorum quæ not. *Lib.* 6. *C a.t. N.* 13. ſi cauſſam ſuam, non ſi alienam, ut Procurator, non in rem ſuam ditus, quid enim ſi nemo eum repulit, Coraſ. *n* 6. Trentac. *n.* 41. Padilla *n.* 25 Non item ſi per Procuratorem cauſſa militis acta, Padilla *d. loc.* & Trentacin. *n.* 42. Quod ita forſan declarandum, ſi a Procuratore ſuum conſequi miles poſſit. Agens, id eſt, tractans, defendens, Coraſ. *n.* 7. ſive reus fuerit, ſive actor, contra quam *Gl.* Fulgoſ. & Iaſ. *in d. L.* 1. Quia & verba *agere & allegationes d. L.* 1. utrique conveniunt, & ratio deciſionis communis, & replicatio exceptio actoris eſt, qua ſe tuetur & defendit Padilla *n.* 6. Trentac. *d Reſ* 1. *n.* 44. Quod ita obtinebit, non ſi miles actor fuerit condemnatus, & conveniatur, ut Trentac *ibid.* Id enim nullo modo, ſaltem non facile continget. Sed ſi adverſarius abſolutus militi denuo agenti rei iudicatæ exceptionem opponat, miles replicatione huius privilegii (ſi non ex verbis, aſt ſententia *d. L.* 1.) ſe tuebitur, ignorantia iuris. Magis itaque facti, quæ probabilior, etſi alias ex ea cauſſa deciſa non inſtauretur. *L.* 7. *C. de iur. & fac ig.* Coraſ. *n.* 8. Non ſi ea certa ſcientia Trentac. *d loc. n.* 45. propter ſimplicitatem, non quamvis, ſed militiæ, id eſt, quæ ea tractatione armorum. Quare aliud in ruſticis, quibus fere omnino eſt conſulere peritiores, Coraſ. *n.* 4 *&* 9. & ut non ſit aliquando, non tamen eis hoc privilegium ipſo iure tributum. Padilla *n.* 24. vid. Trentac. *n.* 46 *& ſeq.* Aliud item in milite iuriſperito, deficiente inſcientiæ præſumptione. Coraſ. *n.* 9. Trentacinq. *n.* 45. idem ſtatuens ſi probetur conſuluiſſe advocatos. Quod via probandum, allegationes competentes omiſerit, ſive in facto conſiſtant, ſive in iure, Coraſ. *n.* 1. ut ſi Lex non allegata, Trentac. *n.* 39 Padilla *n.* 5. arg. *L.* 36. *de min.* excipiens, niſi ſententia a principe lata, arg. *L.* 19. §. 1. *eod.* Sive peremptoriæ ſint exceptiones ſive dilatoriæ, ſi eo tendat ut actionem & ſolutionem differant; ſecus ſi declinatoriæ ſunt & procuratoriæ, ita Coraſ. *n.* 13. *& ſeq.* arg *L.* 29 §. 4. *D. Mand.* Aliter Padilla *n* 58. negans exceptiones dilatorias militi poſt ſententiam, Si nondum ſatisfecit, ultro, vel a Iudice iuſſus, Coraſ. *n.* 11. Ut exſecutio excludat exceptionem quam non excludit ſententia notat Padilla *n.* 13. Iuſte tamen ambigi poteſt an non hoc caſu militi condictio indebiti Ut ſi repetenti opponatur ex iudicato debitum ſolutum eſſe, miles replicet iudicatum iure ſe non tenuiſſe ob hoc privilegium Quo facit quod & qui exceptionem Iudicis ſententia amiſit, ad eandem rem quandoque habeat actionem *L.* 18. *de Evict.* Cogita & confer. *ſupra Lib.* 14 *C.* 12. Magis tamen puto hic reſtitutionem in integrum dari, de quo mox. Nec tantum ſi ſolvit, ſed & ſi pignore aut quovis modo ſecurum actorem reddidit. Coraſ. *d. n.* 11. per *L.* 9. *de pig. act.* & *ſimil.* Item ſi ad ſolutionem petiit dilationem, ut arg a maiori ex *L. pen. C. de re iud* Padilla *n* 13 Trentac *de Reſ.* 1. *n.* 43. defenſionibus ſuis quibuſcunque ut dictum, ſi cœperit ex ſententia conveniri, id eſt, actione iudicati. Coraſ. *n* 12 vel ſi citetur ad exſecutionem Padilla *n.* 14. vel denique ſi Iudex ſolvere iubeat poſt ſententiam, aut quovis modo exſequatur, verbo *conveniri* paulo latius accepto, eum uti Imperator permittit *d. L.* 1. Proinde ipſo iure citra reſtitutionem in integrum, ut recte Trentac. *d lo n.* 38. Padilla *n* 27. Non tantum quia verbum *permitto*, d L 1 eſt præſentis temporis, ut Padilla *poſt* Iaſ. *n.* 9 Sed maxime, quia *d. L.* 1. conſtitutio generalis eſt, novum ius inducens. Leges autem Principis ipſo iure tutos reddunt, cum & ipſum ius Prætorio opponatur D ll Coraſ. *ad d. L.* 1. arg. *L.* 1 & *ult. C. de reſt. mil.* Sed Reſ (1) eo Tit non generales LL. ſed reſcripti ad certas ſpecies, de iure conſtituto, non conſtituendo. (2) Diſpar ratio: Ibi iure amiſſum recipit miles ope reſtitutionis. Hic iure cavetur ne facultas excipiendi per ſententiam militi, perinde ac aliis adimatur Tunc forſan reſtitutio militi ex cauſſa exceptionis omiſſæ, cum poſt ſententiam errore facti neſciens quod exceptionem habuerit

de senat. Macedonian. Propone ita: pecunia filiofamilias mutuo data cum ab eo repeteretur, negavit sibi datam. Re probata, cum nulla exceptione senatusconsulti usus esset, condemnatus est, nec appellavit intra tempora appellationi præstituta. Dicimus, cum ad exsecutionem ventum erit, & pecunia ab eo exigetur iudicati actione, eum adversus eam actionem recte usurum exceptione senatusconsulti, & hoc modo consecuturum, ne rei prius iudicatæ parere cogatur. Idem dicendum est, si mulier quæ pro alio intercesserat, cum eo nomine conveniretur, prætermissa exceptione Velleiani condemnata sit. Etiam hæc in exsecutione iudicati recte Velleiani exceptione se tuebitur. Cur ergo hæ exceptiones ex cæterarum numero exemptæ: præsertim adversus generalem constitutionem iuris, qua efficitur, rebus iudicatis standum esse? Excipiendi ratio hæc fuit, quod unusquisque iuri alicui recte renuntiat, dum iuri pro se introducto. *L. pen. C. de pact.* Quod autem

rit qua exsecutionem impedire potuisset, solvit vel satisfecit. Vel ope restitutionis in integrum, si minor, vid. *supra Lib.* 21. *Cap* 8. *N.* 6. & ibi citatos. Quod & rustico interpretes certis casibus indulgent ea iustæ ignorantia. Padilla *ad d. L.* 1. *C. de iur. & fac. ig. n.* 34 vid. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 46. *& seq.* Quando autem hic exsecutio non impediatur vid *supra Lib.* 21. *Cap. ult. N.* 4. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 18 Aut qualitas & conditio exceptionum; quæ si post iudicatum ortæ, semper illis locus, Padilla *ad d. L.* 1. *n.* 45. Trentacinq. *d. Resol* 1. *n.* 12. & *n.* 19. itemque si post conclusionem caussæ. Asin. *Praxi* §. 13 *Cap.* 5. *n.* 3. Ratio evidens. Hinc si 30. anni a die sententiæ lapsi, præscriptio exsecutioni obstat, ut recte Asin. *Praxi* §. 31. *limitat.* 18. Item exceptio ordinis, si principalis post conclusionem caussæ solvendo redditus, qui antea non erat Ut & si ex natura iudicati, ut si ante quadrimestre iudicatis indultum exsecutio petatur, Valla *de Reb. Dub. Tr.* 16. *n.* 1. Coler. *P.* 4. *Cap* 1. *n* 12 Sin ante ita: Si vel non, impugnant iudicatum, ast exsecutionem & vires sententiæ inhibent, aut moderantur ipsam non infirmant, Matanta *d n.* 18. Valla. *d. Tr.* 16. *n.* 1. Padilla ad *d. L.* 1. *n* 30. Trentac. *d. loc. n.* 7. Asin. §. 13. *Cap* 5. Gail 1. *Obs.* 113. *n.* 5. *&* 2. *Obs.* 17. *n.* 9. Quæ sententiam iniquitatis non arguunt, sed aliunde defensionem condemnato adferunt. Iac. Omphal. *Lib* 5. *de Usurpat. LL. Cap.* 6. *n.* 13. cum utrumque stare potest & quod iudicatum est & quod in exceptionem deductum. Ant. Fab. *Cod. suo h. tit. defin.* 2 *n.* 3 Quæ scilicet aut iure exstinctam obligationem fuisse arguunt. Ut exceptio Solutionis. Asin. *Praxi iudic.* §. 31. *Cap.* 2. *lim.* 15. Zang *P.* 3. *Cap. ult. n.* 80. Ant Fab. 25. *Err. Pragm* 3. *pag.* 935. *& Cod. suo hoc tit. definit.* 2. quia, ait, hac allegata non labefactatur auctoritas sententiæ, qua deberi iudicatum, cum solvens se debuisse fateatur. Ubi hoc prodesse tamen sententiam victori notat, quod reo probatio se indebitum solvisse adempta. Confer in simili Coler *Parte* 4. *de Process. Cap.* 1. *n* 99. *& seqq.* Parlador. *supra d.* §. 11. *n.* 30. *& seqq.* Item Novationis. Asin. *d. Cap.* 2. *lim.* 16. Zang *d. loc. n.* 81. Compensationis *L.* 2. *C. de Compens. supra Lib.* 16. *Cap.* 15. *n.* 38 Io. Petr. Surd. *Decis.* 191. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 16. Padilla ad *d. L.* 1. *n.* 38. A. Fab. *d. Def.* 2. Valla *de Reb. Dub. Tr.* 16. *n.* 1. Gail 2. *Observ.* 17. *n.* 10. & alterius cuiusvis liberationis iure ipso contingentis, Zang. *d. C. ult. n* 83. Nam nec hæ veræ sunt exceptiones, cum actionem non præsupponant, vid. *supra Cap* 1. *N.* 4 Nec alicuius vitii insimulatur sententia Iudicis, qui liberatione non allegata, vere & iuste pronunciavit actori deberi. Non enim aliter hoc ius obtinet, quam si earum mentio antea Iudici nulla facta. Secus si ante sententiam obiectæ & reiectæ. Valla *d. n.* 1. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 18. Zang. *d C ult. n* 112. Non idem in veris exceptionibus liberationem parientibus, etiam iis quæ DD vulgo litis finitæ usurpantur. Tametsi enim & hic in nullo videri possit existimatio Iudicis lædi, qui de intentione tantum actoris cognovit & iudicavit, quam ita excipiendo reus diffiteri & ita sententiam recta lædere non videtur. Multum tamen inter hæc interest: Quippe hæ exceptiones non rite suo tempore obiectæ, nec ullæ fuisse, postquam iudicatum est, censentur. Neque tunc ullo sensu reus liberatus dici potest, cum liberari per exceptionem fit facto suo & oppositione liberari *L.* 27 §. 2. *de pact. &c* Et cum non opposita ea quis condemnatus, nulla liberatio superest. Quare cum & præscriptio temporis vera exceptio sit, eidemque liberatoria *supra C.* 2. *n.* 9. nec eius idem in hoc ius quod superiorum Solutionis &c. contra quam Zang. *d. C. ult. n.* 86. & alii. *Aut non efficacem.* Qualis ex persona actoris Exceptio usurarii contractus, Trentac. *d. loc. n.* 21. Padilla *n.* 49 Excommunicationis & proscriptionis. Trentac. *n.* 35. Padilla *n.* 46. *& seq* Ex persona rei Exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Velleiani, de quibus Donell. *hic & supra Lib.* 12. *C.* 25. *sub fi.* Vult *ad h. t. Inst. de Exc. n.* 20 Et de exceptione Velleiani tradit Padilla ad *d. L.* 1. *n.* 45. Ac de Macedoniano idem sensisse Trentac *d. Resol.* 1. apparet ex regula eiusdem *n.* 35 quod inducta principaliter odio agentis ita recte apponatur. De utraque male, lapsu aut calore penoæ forsan potius quam certo iudicio negat Zang. *d. C. ult. n.* 93. Et de Macedoniano asserit, de Velleiano negat Coler *P.* 4. *C.* 1. *n.* 137. *& seq.* Item non numeratæ pecuniæ, ex sententia Zang. *d. C. ult. n.* 90. Quod an verum sit ambigo. Neque enim satis comprobatur ex eo quod Fachin. 1. *Contr.* 84. & Coler. *P.* 4. *C.* 1. *n.* 90. docent hanc exceptionem quir iuris sit, quod semper certum est, instrumentis paratæ exsecutionis opponi licere. Cum ipse Zang *d loc. n.* 94. argumenti inde huc ducti firmitatem diffiteatur. Fortasse tamen alia ratione sustineri posset. Potest & huc referri Exceptio pretii non soluti quia ibi dicitur, *nondum esse actio*, *L.* 13. §. 8. *de act. empt.* nempe efficax. Sed malo ad sequens membrum. Sane in hisce ipsa auctoritas iudicati non evertitur. Cum utraque (sententia & exceptio) suo quæque sensu, una veræ sint. Ex. gr. verum pariter & Titium filiumfamilias qui 10. credita accepit a Caio danista, solvere 10. debere, mero iure, civili & naturali; & eundem civili ratione tutum, ne ab invito exigatur. Quæ quia iudici non proposita, nec attendere illam oportuit. Cuiusmodi quid etsi aut absimiliter quibusdam exceptionibus liberatoriis accommodari posse videatur, discriminis tamen inter illas ubi aliquando efficaciter debuit reus, & has quæ faciunt, ne ab initio efficaciter obligetur, in hoc articulo forsan haud absurda hæc ratio: Ut quis per exceptionem liberetur, eam proponat iudicio & contestetur necesse est, ut ipsa adiectio *per exceptionem* sua vi arguit. Exceptio enim non aliter liberare potest, quam si rite suo tempore iudicio obiecta. Quando vero quis initio tutus exceptione, ne ab eo exigatur, sicuti nullum unquam tempus fuit antequam ad iudicem iretur, quo cum effectu debuit *L.* 10. *de V. S.* ita nec postquam itum est. Illic ut liberetur reus facto & obiectu opus, vid. *Lib.* 24. *C.* 2. *ibique N.* 1. Hic ne obligetur non æque, sed ius certum (Senatusconsulta ac constitutiones) hoc efficit. Unde quibusdam hæ exceptiones iuris magis quam facti dicuntur. Easdemque non allegatas Iudicis officio, si ut Iudici appareant, suppleri posse plures probabiliter statuunt. Ex quo ipso consequens est obiectum earum, non ita stricte & eodem tempore, uti aliorum requiri &c. Aliæ vel exsecutioni modum statuunt. Quales DD. plures opinor statuuntur, quam iuri convenit. Sed eorum vestigia sectantes illas sic partiri poterimus. Quæ aut eius vires minuunt ac restringunt, & vel quia a condemnato solidum exigi nequit, ut Exceptio competentiæ quam vocant, de quo *C. seq. sub fin. ubi vide.* Item Inventarii ne heres ultra vires hereditarias teneatur, ut ex communi contra quosdam Padilla *ad L.* 1. *C. de Iur. & fac. ig. n.* 40. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 10. Asin. *Praxi* §. 13. *C.* 5. *n.* 1. Matanta *p.* 6. *membr.* 9. *n.* 18 Zang. *P.* 3. *ult. n.* 102 (Ubi *n.* 104. Iure Sax. nec in amplius fieri condemnationem etiam non confecto inventario monet) vid. tamen Io. P. Surd. *Dec.* 342. ubi post concessionem exsecutorialium ei locum non esse iudicatum refert. Addunt quidam exceptionem divisionis fideiussorum, post Butricarium Padilla *loc. n.* 42. Sed commu-

autem ius alterius & maxime publicæ utilitatis caussa introductum est, id nullius privata pactione, multoque minus omissione aut tacita dissimulatione infringi aut mutari potest. *L. ius publicum*, *L. si unus*. *§. pacta*, illic, & in *summa*, *D. de pact.* Atqui tales sunt superiores exceptiones duæ. Exceptio quidem Macedoniani etsi commodum filiifamilias continet, quæ illum liberat: constituta est & tamen non filiifamilias gratia, sed pœnæ caussa, & in [11] odium creditoris, ut hac pœna coerceatur, qui pecuniam filiofamilias credidit, atque hoc metu deterriti fœneratores discant malis moribus adolescentum materiam non subministrare, ut senatusconsulto ipso expressum est. *L. 1. D. de sen. Mac.* Non ergo dissimulatione sua filiusfamilias huic exceptioni recte renuntiaverit, quæ eius caussa constituta non est: idque tanto minus ei remittere licebit, quod in eo publica utilitas versatur: publice enim expedit, & ad bonos mores pertinet delicti metu pœnam. *L. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact.* Nec in dissimili caussa est exceptio Velleiani. Hæc quidem ex parte constituta est mulierum caussa, ne per caussam intercessionis in aliquod inciderent periculum rei familiaris, ipsæ alioqui multis huiusmodi casibus suppositæ atque obiectæ propter sexus imbellicitatem, ut est in *L. 1.* & *L. 2. §. 1. D. ad senatusc. Velleian.* Sed tamen & in hac exceptione constituenda maxime ratio habita est decoris publici & honestorum morum. Placuit enim fœminas ipsas per se sive velint, sive nolint, ab omnibus officiis publicis & civilibus remotas esse. *L. fœminæ*, *D. de reg. iur:* Et hoc quia virilia officia hæc sint, quibus mulierem fugi sexus verecundiæ & honestati non convenit. *L. 1. §. 2. D. de postul.* In his autem officiis civilibus numeratur inter cætera pro alio intervenire. *d. L. fœminæ*. quæ & ipsa ratio huius exceptionis inducendæ redditur in *L. 1. D. ad Vell.* Est ergo hactenus Velleiani exceptio non privati iuris, sed publici. Cui illa derogare ulla omissione sua præcedente non potuit. *L. testandi*, *C. de testa.* Quod si ita est, necesse est, ut quæ exceptio mulieri ante amissa non est, ea illi supersit integra & post rem iudicatam.

VIII. De formula & conceptione exceptionis hodie laborandum non est. Nam iam olim constitutionibus sublatæ sunt formulæ & impetrationes actionum. *tit. C. de for. & imp. act. subl.* Multo magis sublatæ [12] formulæ exceptionum: cum in

munius alii contradicunt per *L. 10. C. de fideiuss. ubi* Donell. *n. 4.* Vult. *ad h. t. Inst. n.* 22. Trent *d. Ref.* 1. *n.* 14. Zang. *P. 3. C.* 19. *n.* 5. Hering. *de fideiuss. C.* 28. *n.* 34. Plane si omnes fideiussores coniunctim eadem sententia condemnati, merito in exsecutione divisio fiet. Zang. *d. loc. n.* 6. Vel quia ipsi vicissim quid ab actore præstandum. Ut Exceptio ad sumptus in rem factos. Trentac. *d. loc. n.* 8. Padilla *n.* 37. Zang. *P. 3. C. ult. n.* 111. Extenuationis fortis propter fructus pignoris. Trentac *d. loc n.* 18. Sed hæc ferme species solutionis. Collationis faciendæ a coherede. Zanger. *d. Cap. ult. n.* 100. *post alios*. Cedendarum actionum, per *L.* 12. *de re iud. L.* 20. *§. ult. de tut. & rat. distr. L.* 41. *§.* 1. *D. de fideiuss.* Don. *ad d. L.* 12 *de iud. & ad L.* 10. *C. de fidei. n.* 4. Trentac *d. loc. n.* 13. Padilla *n.* 44. Zang *d. Cap. ult. n.* 100. Coler. *P.* 4 *Cap.* 1. *n.* 87. *& seqq.* Iac. Schult. *Obser. forensi* 10. aut sustinent & ad tempus inhibent donec prius mutua se obligatione solvat actor, si ex eodem ea contractu. Exceptio pretii non soluti, vel mercis non traditæ, & generalius impletionis ea parte agentis non secutæ Ita enim contra Bartolum plerique eum & ex natura contractus veniat & retentio hic quasi iure pignoris competat *L.* 13. *§.* 8. *de act. empt.* de cuius caussa ante non actum Padilla *d. loc. n.* 41. Trentacinq. *d. Ref.* 1. *n.* 11. Zang. *d. Cap. ult n.* 89. Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. p.* 5. *§.* 11. *n.* 25. Gail. 2. *Obs.* 17. *n.* 8. *&* 9. Coler. *P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 83. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 43. Io. Bapt. Asin *de Exsecut. §.* 9. *Cap.* 172. *n.* 7. *& Praxi iudic. §.* 31. *limitat* 14. qui hoc confirmat non inepte arg. *L.* 30 *§. ult. de iurei. iunct. L.* 2. *eod.* Facit *L. pen. D. de rescind. vend.* Secus si ea alio. Hinc reconventio post sententiam obiecta exsecutionem non remoratur. Cæterum Trentacinq. *de Resol.* 1. *n.* 15. & Ordinis, seu exclusionis exceptionem iudicato obiici vult. Sed contra Padilla post alios ad *d. L.* 1. *n.* 43. & rectius. Nam imo regulariter nec post litem contestatam admittitur vid. *C. seq. N.* 28 *in fin.* Plane tunc Trentacinquii opinio admittenda quando post sententiam principalis solvendo redditus. Ubi scilicet hæc exceptio post iudicatum nata. Secus si inter moras iudicii prioris, etsi tunc quoque admittat Hering. *de fideiuss. Cap.* 28. *n.* 25. *& seq.* Vel aut sententiam nullitatis arguunt, aut probatæ iudicium retro nullum reddunt, Padilla *ad d. L.* 1. *n.* 30. *& seqq.* Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 1. *& seqq.* Omphal. *Lib.* 5. *de Usurp. LL. Cap.* 6 *n.* 13. Vant. *de nullit tit. ult. Quib. mod. sent. null. de sen. pass. n* 58. Quod membrum peculiariter suo loco, *Lib.* 27. si commodum erit, exsequar. Superiora autem omnia certas conditiones habent. Si & ante obiectæ non sint, ut *supra vers. Nec enim aliter.* nec ad quascunque exceptiones opponendas Iudex terminum præfinierit. Asin *§.* 13. *C.* 5. *n.* 2. *d. Ref.* 1. *n.* 17. Io. Petr. Surd. *Dec.* 332. *n.* 3 & probatio offeratur tum legitima. Non si iusiurandum victori reus deferat Zang. *d. Cap ult.* 11. 110. *ut suo loco.* Tum liquida, quæ scilicet expediatur intra tempus iudicatis iure communi vel provinciali tributum, vid. Zang. *d. Cap. ult n* 123. *& seqq.* Secus si altiorem quæstionem habeant, Zang. *d loc. n.* 115. *& seqq.* Asin. *Praxi §.* 18. *Cap.* 7. Gail. 1. *Obs.* 113 *n.* 11. Confer. Coler. *p.* 4 *Cap.* 1. *n.* 141 *& seqq. Ubi tamen salva servatur: eo repetitio, aut reconventio post exsecutionem*, Zang. post alios *d. loc. n* 127 Quomodo autem coram quo hæ exceptiones proponendæ; quis de earum iure & veritate cognoscat vid. Gail. 1. *Obs.* 123. *n.* 7. *&* 8. Claudite iam rivos &c.

11) Quomodo DD. vulgo regulam habent Exceptioni principaliter odio creditoris inductæ locum esse post iudicatum. Quo illi & excommunicationis & usurarii contractus exceptiones referunt Trentac. 2. *Pract Ref. h.* 1. *Ref.* 1. *n.* 35 Padilla ad *L.* 1. *C. de iur. & fac. ig. n.* 46. vid. *N. praced.*

12) Et hodie nuda facti narratione, unde ius cacipiendi oritur contenta Vaso. 2. *Contr. usu freq.* 32. *n.* 14. Wesenb. *in supplem. ad Snedvin. h. tit Inst. n.* 8. nec in scriptis modo, sed & viva voce proponi posse DD. plerique docent, etsi postea in scripturam redigatur Vasq. *d. Cap.* 32. *n.* 12. post alios Zang. *de Exc P.* 1 *Cap.* 3. *n.* 20. Hering. *de Fidei. Cap.* 28. *n.* 52 Io Pels *Process. tit.* 35. *n.* 41. hinc eximens eas quæ in modum actionum proponuntur, ut non numeratæ pecuniæ vel dotis (ut & Rosbach. *tit.* 39. *n.* 12.) Asin. *Praxi §* 18. *C.* 8. Quia sit *n.* 3. iure Digestorum nec actionis libellus in scriptis porrigendus. Quod quoad eam iure Codicis mutatum in exceptione incorrectum mansit. Et hoc tamen argu-

in eadem caussa & utilitate removendæ anxietatis verborum multo plus tribuendum sit reis, conditione ipsa personæ favorabilioribus. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.* Ne tamen hic scripta veterum nos fallant, non erit alienum hoc loco paucis refricare quod in definitione exceptionis iam supra attigimus, sic fuisse usum veterum in exceptionibus designandis, ut tanquam qui ex regula aliqua præcedente, quæ intentione actoris contineretur, quid exciperent, ita oratione conditionem eam & exceptionem exprimente uterentur: natum scilicet ex defensione rei, quæ huiusmodi esse consuevit, ut reus sic acciperet intentionem actoris, forte mutuum repetentis, quasi ille, definitione generali iuris uteretur, puta eum qui mutuum accepit, reddere debere: ex qua deinde colligeret, quia reus acceperit, ideo eum debere reddere. Cui intentioni tum subiiceret reus, recte hoc illum ita intendere: sed debuisse addere hanc exceptionem, quæ nunc reo competeret, nisi, si non hoc aut illud factum esset: vel; at hoc ita, nisi illud aut illud secutum esset.

IX. Atque hinc illæ [13] formulæ (liceat enim ex innumeris paucas indicare, quæ extiant sub titulis huius argumenti) Si non inter me & te convenit, ut pecunia soluta uniones redderes. *L. 4. §. item quæritur*, 8. *de dol. ma. exc.* Si non dolo malo tuo, si non metus caussa in ea re factum est. *ead. L. 2. §. 1. L. 4. §. pen. eod.* At si ea res iudicata non sit inter me & auctorem tuum, pro: at hoc ita; nisi. *L. 9.* in fi *L. si quis rem. 24. D de exc. rei iud.* & quæ simili conceptione extat in *L. 2 eod* item in *L qui cum herede. D. de obli. & act.* at si non in ea caussa sint tabulæ testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit: ubi utroque in loco in Pandectis Florentinis mendose legitur, ac si non, pro at si non. Item illa, quod præiudicium hereditati, prædio non fiat, pro dum præiudicium hereditati non fiat. *L. si post. L. fundum. L. fundi. D. de exc.* [14]

CAP.

argumento ab actoris libello ducto & quia reus excipiendo loco actoris, hæsitat, ac dubium relinquit, nec definit, in ordinariis iudiciis (in summariis res expedita) Sigis. Scaccia *Lib. 2. de iudic. civil. Cap.* 8. Q. 33. n. 176. Plane exceptio dicitur libellus rei. Et sic contradictioni libelli in *L. un. C. de his qui potent. nom.* ubi Sich. n. 5. Unde æque ob ineptitudinem & obscuritatem vitiatur. Quo de vide Alex. Stiatic. *Pract. Observ. C.* 22 *n.* 42. *& seqq.* Ac in dubio interpretanda ad favorem rei ut & *L. 66. de iudic.* locus sit in reo. Stiat *d. loc. n.* 55. Tamen nec conclusionem in illa requiri, si ex facto proposito elici queat, vulgo proditum est. Bover *Sing* 52. *n.* 1. Vasq. *d. Cap* 32. *n.* 13 Io. Pels *Process. tit.* 35. *n.* 35. Gilken. ad *L. 3. C. de edend. n.* 89. Monach. *Pract. P. 5. §. 6. C. 2. n.* 6. Stiatic. *d C.* 22. *n.* 52. maxime ait, quia usu styli in calce opponi solet clausula: Super quibus omnibus peto mihi ius &c. De clausulis & Protestationibus exceptionibus adiici solitis vid. Martin. Nigris, *Tr. de Protestationibus* verbo *Testatio n.* 40. *& seqq.*

13) Plura exempla pete ex Duar. ad *L. 7. §. 2. de pact. fol.* 55 Vult *ad h. t. Inst. n.* 6 & præsertim Briss. *Lib. 5. de Formul. pag* 402. *& seqq* add Cuiac. 5 *Obs.* 34 P Fab. ad *L.* 154 *de R. I. pag* 620. *& seq.* Ubi docet exceptionum formulas, non nisi negativo modo conceptas, aut quæ in eum resolvi debent, cum excludendæ actioni addantur, Refellitque eos, qui etiam affirmative proponi solitas volunt, ut Cuiac. *d. Cap.* 34. Quos nihil iuvat *L. 2. de adult. & §. ult. I. de replic.* quia neutrobique formula exceptionum. Nec urget *L. 2 §* 1. *de doli exc.* Nam in prima formula omissa negatio ex proxima vel repeti vel interpretatione suppleri debet. Nec obstant exempla *L. 14. h. t. L. 11. §. 3. de exc rei iud L. 5. §. 2. de exc. doli.* Nam resp. P. Fab in illis LL. non proponi formulam, sed per voculam *Quod*, rationem reddi a Iurisconsultis, propter quam tribui illis speciebus exceptionem æquum sit

14) Add. Hot. 8. *Obs.* 3 *in fin.* Goth. ad *d. L.* 13. Male Revard. 1. *de praeiudic.* 14 illis verbis *Quod praeiudicium d. L.* 13. contendere possessores hereditati præiudicium fieri debere.

C A P. V I I I.

De dilatoriis & temporalibus exceptionibus: Quæ sint; Quam vim habeant; Ad quos pertineant; Quis earum rectus usus.

Dilatoriæ, seu temporales exceptiones unde dictæ; qui harum tractationis ordo. I.

Harum nonnullas quæri debitoris opera, nonnullas iure ipso tribui. II.

Prioris generis, exceptio pacti temporalis, & moratoria præscriptio: qualis utraque. III.

Posterioris; ea, quæ aut comparantur adversus perversam actionis institutionem. (quotuplex eiusmodi perversionis caussa.) IV.

Aut adversus inhumanam solidi petitionem; quales hæ, & cur dilatoriæ: Qui opportunus harum locus. V.

Quandiu actionem excludunt exceptiones dilatoriæ; quæ singularum tempora VI.

Quibus & adversus quos competant dilatoriæ utriusque generis, & singulæ exceptiones. VII.

Dilatorias primi generis utrasque opponi & probari oportere ante litem contestatam. VIII.

Adversus solidi petitionem comparatas opponi posse quandocunque ante rem iudicatam. IX.

Quinimmo etiam post, in ipsa iudicatæ rei exsecutione, & quare. X.

I. HÆc de peremptoriis & perpetuis exceptionibus, deinceps de dilatoriis & temporalibus breviter cognoscamus. Dilatoriæ & temporales finitore Caio sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt. *L.* 3. *D. de exc.* vel, ut est apud Iustinianum, quæ ad tempus nocent, & huius temporis dilationem tribuunt. §. *temporales, Inst. eod.* Quod rem differunt, dilatoriæ: quod ad tempus id faciunt, [1] temporales sunt appellatæ. De his eadem illa quatuor quærimus; quæ supra: Quæ sint; Quam vim habeant, Ad quos pertineant; Quis earum rectus usus. Quæ omnia cum pro genere exceptionis itidem ut in superiore genere varientur, ante harum exceptionum genera nobis constituenda sunt: ex quo etiam primum illud, quæ sint intelligetur.

II. Exceptionum dilatoriarum genera, quæ quidem ut origine distant, ita in re proprias earum differentias quam commodissime exprimunt, observandum est duo [2] hæc esse. Quædam enim quæruntur debitoris opera: quædam legitimæ sunt, & iure ipso tribuuntur. Quæruntur opera debitoris duæ: exceptio pacti conventi temporalis; & quæ in constitutionibus dicitur moratoria præscriptio: quarum prior quæritur conventione debitoris; posterior beneficio quidem principis, sed precibus & opera debitoris impetrato.

III. Exceptio [3] pacti temporalis est, cum ita convenit, ne intra certum tempus agere-

1) Dictæ ab effectu temporario, ut citati *supra Cap.* 1. *N.* 1. non a tempore opponendi, qua id omnibus non idem, minus quod temporis lapsu pereant, vid. *supra d. Cap.* 2. *N.* 13. Plane ut perpetuæ exceptiones duplici sensu dicuntur, vid. *d. N.* 13. ita & temporales. Alio enim sensu temporales præscriptiones *tit. D. de divers. temp. præscript.* non ex effectu, sed initio & caussa quia ex usu longi temporis natæ, & alias & ipsæ perpetuæ, caussam perimentes. Don. *ad rub. C. h. t. n.* 112. *&* *ad L. plures* 19. *C. de fide instr. n.* 13. Zang. *P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 41. Et ita annalis exceptio *l. C. de ann. exc.* non quæ anni lapsu exstinguitur, nec quæ obiecta annuum effectum habet; nam immo perpetua est & peremptoria, sed quæ anno acquiritur.

2) Non longe abludit divisio vulgaris qua aliæ declinatoriæ iudicii, aliæ declinatoriæ actionis & solutionis. Menoch. *arb. Cap.* 240. *n.* 1. Coras. *ad L.* 1. *Cod. de iur. & fac. ig. n.* 14. Omphal. *Lib.* 5. *de Usurpat. LL. C.* 6. *n.* 1. Nec aliena divisio Cuiac. 9. *Obs.* 23. *&* Vult. *ad h. t. Inst. n.* 18. quod aliæ ex caussa proficiscantur, aliæ ex personis quæ ad processum pertinent. Atque huc reduci potest & trimembris Donelli partitio ad rub. *C. h. t. n.* 13. quod quædam sint iudicii recusandi, aut transferendi caussa, quædam de re ipsa, ut quæ ex pacto, quædam minuendæ condemnationi. Ut & illa Rulanti *de Commiss. P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 6. *n.* 2 quod aliæ personam concernant, aliæ non, & hæ vel circa processum, vel extra processum, actionis nondum competentis vid. *infra N.* 13.

3) De qua Zang *de Exc. P.* 2 *Cap.* 12. & quædam *infra h. C. N.* 22. *&* *N.* 23. Quam male Ant. Fab. 25. *Err. Prag.* 3. *p.* 934. peremptoriam esse, æque ut eius pacti, ne unquam petatur, censet contra ipsissima verba Imp. §. 10. *I. de Exc.* Dilatoria quoque exceptio vulgo statuitur, quæ obligationi in diem vel conditionem obiicitur, si præmature ante diem vel conditionem petatur, ut Menoc. *arb. C.* 240. *n.* 6. Maranta *specul. p.* 6. *memb.* 9. *n.* 6 Afin. *praxi iudic.* §. 13. *Cap.* 2. *n.* 11 Zang. *P.* 2. *Cap.* 11. *n.* 4. *&* 5. *citati supra Lib.* 15. *Cap.* 8. *N.* 4. Sed verius est utroque casu agentem ipso iure repelli, ut Donell. *ad L.* 41. §. 1. *de V. O. n.* 42 & vid. *d. Cap.* 8. *N.* 4. *&* *eod. lib. Cap.* 11. *N.* 1. vid. & *infra N.* 22.

geretur, veluti intra quinquennium: de qua est in §. *temporales, Inst. de exce.* Moratoria [4] præscriptio dicitur, quæ competit debitori dilatione solvendi ad aliquod tempus a [5] principe impetrata, cuius mentio est in constitutione Constantini [6] *L. 2. C. de precib Imp. off.* Sic autem atque ex hac caussa huiusmodi dilatio impetratur. Solent enim debitores, si qui forte casibus aliquibus [7] fortuitis repente facultatibus eversi sint, aut alioqui magnum aliquod damnum passi sint rei familiaris ita,

4) Qua de absolutiorem cognitionem expetens, sitim facile explebit si consuluerit & inter se contulerit, quæ de ea prodidere Cuiac 2 *Obs.* 10. Menoch. *casu* 230. *n.* 14. *& seqq.* Bronc. 1. *Misc.* 3. A Fab 25. *Err. Prag.* 3. *& Lib.* 1. *Cod. sui t.* 0. Io. Bapt. Afin *Tr. de Execut.* §. 6. *Cap.* 69. *& seq.* Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. & 3. Coler *de Process. exec. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 14. *& seqq. & Cap.* 9. *n.* 28. *& seq. & C.* 10. *n.* 228. *& seq.* Moller. 4. *Semestr.* 6. *& seq. auctores differ iur. civ. & Sax. P.* 2. *diff.* 30. Zang. *de Exc. P.* 3 *Cap.* 12. *n.* 3. & 4. Knich *de Sax. non provoc. iure verbo Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 453 *& seqq.* Lancell. Conrad. *templi omn iudic. Lib.* 1. *C.* 1. §. 4 *de præstantia & potentia imperatoris verbo debitoribus dilationes indulget. pag.* 418. *& seqq.* Cornel. Benvincas *de privileg. paupertatis speciali* 8. *in indiciis* Hering. *de fideiuss. Cap.* 5. *n.* 100. *& seqq. & Cap.* 29. *n.* 75 *ac seq* & *C.* 27. *p.* 5. *n.* 76. *& seqq* Matth. Steph. *Lib.* 2. *de iurisd. P.* 1. *C* 1 *membr.* 2. *n.* 248. *& seqq. & C.* 7. *n* 389. *& seqq.* Vurmser. *Lib.* 1. *tit* 28. *Obs* 9. Paul. Matt. Wehner *Obs. pract. de V. S. v. Anstandsbrieff Ott* *Meland. Comm. Cameral. P.* 1. *tit* 102. Guid Papæ *Decis.* 97 & 109 *ibique* Aut. Rainbaud P. Matthæ. Stephan Ranchin & Iacob. Ferrer. *in annotat.* Matth *de Afflict Decis.* 66. *& Decis.* 377. *& 2. seqq.* Io. Petr. Surd. *Decis.* 301. & 307. *ac* 323. Fr. Viu *Lib.* 1, *Decis.* 38 Tessaur *Decis.* 186 *Bovr Decis.* 216. Quos eum onere adierim, præstat ex iis præcipua decerpere, ut *N, seq. item infra N* 21. & 24.

5) Solo non a magistratu inferiore Lanc Conrad. supra loco citato *n.* 1 Wehner. *d. v. Anstandsbrieff* Tessaur. *Decis.* 186. *n.* 8. *diff. iur. civ & Sax* 30 *p.* 2 *n* 1. Ant. Fab. *C. sui Lib.* 1. *t t.* 9 *defin.* 17 Verum ea quo dogma invaluit Principibus Imperii iura Cæsaris in suis dittonibus esse, vid. *supra Lib.* 17. *Cap* 9. *N* 7. eainde hoc quoque superioritatis ius, & eminentiam in iisdem usurpant Wehner. *d. loc.* Meland *d tit.* 102 Matth. Steph. *d. Cap.* 7. *n.* 389. Knich. *d Cap.* 5. *n.* 456. Quo tamen debitores se contra creditores eidem principi non subiectos frustra tueri rationis videtur. Valde autem displicet argumentum Melandri & Stephani *dd. loc.* Si creditores omnes, aiunt, aut maior pars inducias recte indulgent qui privati sunt, quidni id liceat principi, de iurisdictione & regalibus ab Imperatore investito Nam diversitas evidens, cum illi de iure suo remittant. Cuiusque minor pars reliquis quinquennales inducias dandu nocet, & id diplomate principis auctoritatem sumat oportet *L. ult. pr. C. Qui bon. ced.* Fr. Viu *d. Decis* 38. *n.* 7. Knich *d loc. n* 457. recte reprobans distinctionem inter inducias gratiosas, & iustitiæ quas maiore parte creditorem petente a quovis Iudice concedi posse volunt, etsi eam probet Trentac. *d. Resol.* 1. *n* 4 Plane debitori solvere parato diemque petenti Iudex tempus iudicati recte tribuit *L.* 21. *de iud.* & debitori fiscali duos vel tres menses prorogat *L.* 45. §. 10. *de iure fisci.* Apud suos in fiscalibus 10 dierum, in privatis 50. dilationem concedi notat Tessaur. *d. Decis.* 186. *in fin.* Apud nostros sex hebdomadæ & tres dies vulgo *die Gerichtliche frist.*

6) *L.* 4. *C. eod. L.* 45. §. 10. *de iure fisci Policen Ordnungen Augspurg ann.* 1548. *von verdorbenen Kauffleuten, L.* 3. *L* 6. *C. Th. de div. rescript.* Cassiod. *Lib.* 2. *var.* 38. Male huc citat Cuiac. 2. *Obs.* 10. *L. ult C. Quib. bon. ced.* quæ est de induciis & debitoribus indultis. Male ibid Cuiac. & A. Fab. 25. *Err. Prag.* 3 negant huc pertinere *d. L.* 2. legentesque pro, *permittitur, remittitur*, per moratoriam intelligunt dilatoriam. Quasi sensus *L.* 2. sit: Dilatoriam exceptionem remitti posse creditori, eripi debitori. Exemplum dat Cuiacius in exceptione pacti ne intra quinquennium petatur. Hanc vult creditori ante quinquennium relaxari posse. Et hoc sane recte refellit A. Fab *d. loc* non quidem ea ratione, quod hæc exceptio pacti peremptoria, quæ falsa est § 10. *I. h. t. de Exc.* sed altera ea quia magna fieret paciscenti iniuria. Tolleret enim princeps debitori ius quæsitum, qui tamen favorabilior & beneficio dignior creditur. Plane cum iure veteri & adhuc tempora Constantini auctoris *d. L.* 2. ante diem pacti petens caussa ceciderit *d* §. 10 *Inst. h. t.* §. 33 *de act* apparet tunc ipsa petitione actoris præmatura omnimodam liberationem reo partam fuisse, non per exceptionem aliquam peremptoriam, sed ipso iure. Proinde, accepta nostra Cuiacium *d L.* 2. maximum præiudicium debitori, rescripto principis, creari potuisset, quippe quod si non liberationem partam abstulisset, saltem ne pararetur impedisset. Pari autem errore Faber *d. L.* 2 remitti actori exceptionem dilatoriam, non caussæ meriti, sed personas iudicii concernentem, quia minoris præiudicii sit, nihil de adversarii iure detrahat, sed iudicii tantum ordinandi rationem immutet. Graviori errore ibid. Faber nullo iuris loco probari usum rescriptorum de quinquennalibus iudiciis, ac nec de annalibus. Nam immo dilatoriæ, ut inductione plurium probatu facile, crebro longe gravioris præiudicii si adimantur reo, quam onerosa est actori dilatio annalis, iure crediti quoad sortem & usuras non solum salvo, sed & cautione idonea securo reddito, ubi verum est, quod vulgo iactatur quod differtur non auferri, agnoscente fere ipso Fabro 25. *Err. Prag* 1. Quare vel ea sententia Fabri accepta *d. L.* 2. satis inde per consequentiam hoc ius probaretur, ne alias contra iuris regulam, minus reo permitteretur quam in simili actori Certe ut quoties miserationis ratio debitori casus fortuitos passo hanc exceptionem indulgeri suadet, toties pro actore ratio evidens esse possit, qua reo dilatoria iudicii auferatur, dari vix potest. Tametsi hoc quoque Principi ea caussa licere, maxime quoad exceptiones quæ de apicibus iuris sunt, non diffitear *Clem sæpe* 2. *de V. S. Cap. ex parte* 13. *de off. iud. deleg.* vid. Zang. *P.* 2. *Cap ult. n,* 18 Exceptionem tamen Procuratoriam, quæ militi obiicitur, rescripto tolli non posse probat *L* 7 *C. de Procurat.* Bronch. 1 *Misc.* 3. (etsi contra Zang. *d n.* 18.) Unde satis refellitur Faber. Obiiciunt Cuiacius & Faber Posterior pars *d. L.* 2. est de remissione exceptionis peremptoriæ, quæ fieri negatur actori per verba *convelli & relaxatio*, quæ de concessione absurde interpreteris. Ergo & prior de remissione dilatoriæ actori non de concessione reo facta. Resp. (1) neg. consequentia Similis in promptu (2) Elegantior oppositio hoc modo: quasi dicat Imperator Debitori sane ex miseratione dilationes & induciæ a nobis haud ægre indulgentur Creditori autem qui exceptione perpetua removetur tantum abest ut unquam actionem efficacem concedamus, ut & eiusmodi petitionem fieri districte nolimus & prohibeamus. (3. Non adeo quoque absurda eorum expositio Aniani ad *L.* 3 *C. Th de divers. rescript.* Moratoria conceditur debitori; Peremptoria non conceditur, si verbis extremis per ellipsin subaudias, ut integra sic constet oratio: nec præscriptionis peremptoriæ (subaudi *ope*) relaxatio (subaudi *debiti*) petatur. Tametsi hoc duriusculum.

7) Non enim decoctoribus & abusoribus, qui bona sua obligurierunt, sed qui fortunæ iniuria illis exciti, ita subvenitur. Meland. *d. tit.* tot. Moll. 4. *Sem.* 7 *n.* 2 quos infelices debitores vocat *Nov.* 4. *&* 135. Ventura *de Valentiis Parthenii Litigiosi Lib* 2 *Cap* 9 *n.* 23. belle Hering. *d Cap* 5. *n.* 104 *& seqq.* Et caussa gravioris iacturæ & calamitatis ex casu fortuito in precibus explicanda post Rebuff. *de lit dilat. Art* 1. *Gl* 1. *n.* 12. 47. *&* 51. A. Fab. *d. tit* 9. *defin* 20 *n.* 20 Petr. Matthæ. *ad Guid. Pap.* Q. 100. & quidem quæ post debitum contractum a decennio proximo citra culpam contigerit. Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 64 *& seq.* Quare nec debitores ex caussa delicti hoc iure iuvantur, cum paupertate digni sint *L.* 31. *Depos.* aut saltem diploma generale ad hæc debita non extenditur per *L* 4. §. *quanquam* 2. *D Quod cum eo L.* 52. *de re iudic.* Menoch. *Cap* 183 *n.* 16. A Fab *d. def.* 20. *n* 3. Afin. *supra d Cap* 69. Qui tamen contra statuit quando ratio rescripto expressa generalis, veluti inopiæ & egestatis. Quin & si simpliciter creditorum facta mentio eos quoque qui ex delicto petunt venire contendit pluribus Trentac. *de Res.* 1. *n.* 13 Sic nec prosunt induciæ ei qui debitum inficiatus Tessaur *d Des* 186 *n.* 7. Trentac. *d. loc. n.* 8. nec iudicio convicto. Vim enim sententiæ & iudicati exsecu-

ita, ut efficerentur non solvendo, libello adire principem, & casu [8] exposito implorare eius opem, & ad eam rem petere sibi ab eo concedi alicuius temporis dilationem, qua se tueri possint adversus creditores, ut interim [9] conficere possint, unde solvant, neve [10] interim in carcerem ire, aut bonis cedere cogantur. Re autem cognita solent principes humanitatis caussa huiusmodi [11] dilationem concedere quantam res & fortuna cuiusque postulare videbitur, atque hoc modo permittere præscriptionem, quæ, ut dixi, moratoria nominatur: ad eamque impetrandam iubetur aditus supplicanti pandi in *d. L. 2. C. de prec. Imp. off.* Dicta præ-

secutionem non remorantur, Goid. Papæ *Decis.* 97. *ubi in annotat.* Matthæ. & Ranchin. Trentac. *d. loc. n.* 21. Tessaur. *n.* 7. Knich. *n.* 462. A. Fab *d. tit* 9. *defin.* 4. quia rescriptum contra rem iudicatam non valet, ut suo loco. Aliud si condemnatio spontanea. Tessaur. & Knich. *d. loc.* vel si obligatio iudicati novata. Fab. *d. def* 4. vid. tamen idem *Lib.* 1. *C. tit.* 12. *de divers. rescr. defin.* 16. Alia item ratio instrumenti Quarentigiati, ut *infra N.* 10 Peti autem possunt & a Syndico Universitatis nomine. Ant. Fab, *d. t.* 9. *defin.* 18

8) Exponenda enim tum caussa iacturæ ut *N. præced.* tum ipsa difficultas solvendi. Quæ in longiori dilatione, ut quinquennii, clarioribus probationibus ostendenda; in breviori autem ceu annali, iuramento debitoris, quod solvere nunc nequeat sufficit, nec contraria creditorum probatio hic auditur Boer. *Decis.* 296 *n.* 1. Tessaur *d. Decis.* 186. *n.* 5. Illic autem etsi inauditis creditoribus indulgeri possit, postmodum tamen in impetranda approbatione eos audiri oportet. A. Fab *d. t.* 9 *defin.* 17 tum qualitas debiti, num eiusmodi sit, quod inducias vel non recipit, vel in quo Principem facile indulgere probabile non est vid. Meno. *d. C.* 203. *n.* 14. *& seqq.* Trentac. *d. Res.* 1 *n* 11. *& seqq.* Hering *d. Cap.* 5. *n.* 124. Quæ debita huiusmodi vid. *N. seqq.* 11. tum tempus quo contractum est. Non enim si nuper admodum emit exempli gratia, merces ab extero, inducias impetrare debet, ne pretium solvat. Menoch. *d. loc. n.* 24. *&* Trentac. *n.* 17. *post Rebuff. d. Gl.* 1. *n.* 5. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 20. *n.* 18 itemque an lis iam mota sit. Menoch. *d. loc n.* 29. Denique prius diploma si quod pro aliis debitis obtinuit. Cuius si mentio nulla facta, posterius rescriptum subreptitium censetur. Meno. *d. loc.* n. 28. Trentac. n. 19. post Rebuff. *d. Gl.* 1. n. 30. A. Fab *d. t.* 9. *defin* 5. *n.* 1. Fraudibus itaque extorta talia rescripta non valent *L.* 6. *C. Th. de div. rescript.* & subreptio ea vitiat. Surd. *Decis.* 307. *n.* 17.

9) *L.* 45 §. 10. *de iure fisci.* Ut sub induciis his & datam possint creditores separare pecuniam, & aliquatenus debitorum valeat respitare substantia Cassiodor. 2. *variar.* 38. meditando rationes solvendi, exigendoque debita quibus alii ipsis devincti sunt, Coler. *P.* 1. n. 14. Knich. *supra d. Cap.* 5 *n.* 456. Wehner. *d v. Anstandbrieff* Neque enim dum a debitoribus suis exigunt æquitate edicti: *Quod quis iuris in alium &c* repelluntur Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 9. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin.* 19. Dissentire videntur Afflict. *Decis.* 66. *ibique in annot.* Cæs. Ursil. Quare nec impedito currit. Ut si tempore rescripti in carceres detrusus, non prius dimittatur, quam de rescripti iure & caussis iudicetur, ac interim tempus indultum lapsum sit. Quia creditoris facto prohibitus ne pecuniam conquireret. A. Fab. *d. defin.* 2. *n.* 3. *& seqq.*

10) Nec in eo spatio quidquam de credita summa æstiment, postulandum. Cassiod. *d. C.* 38. In idemque tempus differtur exactio usurarum, non autem earum cursus sistitur. Nec ulla interim exsequendi facultas in personam vel bona, Surd. *Dec.* 301. Boer. *Dec.* 296. *n.* 5. Ant. Fab. *d. t.* 9. *def.* 2. Ut & vis instrumenti vim iudicati alias habentis vulgo guarentigiati, suspendatur. Cuius in hoc alia quam sententiæ, vid. *supra N.* 7. ratio: tum quia debitor creditorem litibus non frustratus est. Tessaur. *d. Decis.* 186. *n.* 7. tum quia privata utilitas, non publica auctoritas vertitur. A. Fab. *d. t.* 9. *defin.* 5 tum quia adeo, hæc vis instrumenti non est ex iure communi, nec tantæ rationi naturali, ut sententiæ vis innititur, facilius ei derogari potest. Salsum itaque non est quod Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 463 vult serenisſ. principibus nostris ideo ab his induciis temperandum, ne notam ludricam suæ constitutioni aspergant. Quare nec bona sequestrata vendi possunt. Surd. *d. Decis.* 301. Et quicquid contra inducias attentatum revocatur, etsi de rescripti iure lis pendeat. A. Fab *d. t.* 9. *def* 2. *n* 1. ac si in carcerem detrusus debitor, eximi debet, si bona pignori capta, restitui, idem defin. 14. Iure tamen Saxonum exactioni operarum a debitore post inducias locum esse traditur *diff. iur. Civ. & Sax.* 30. *p.* 2. *n.* 10. Coler. *P.* 1. *Cap.* 9. *n.* 29. Compensatio autem non impeditur, nec exsecutio ea quæ fit ad compensandum. A. Fab. *Defin.* 13. Et hæc in creditis ante contractis obtinent. Quantumvis enim generalibus induciis creditores qui postea contraxerunt non continentur argum. *L.* 28. §. 2 *de lib leg. etiam. ult. de rescript.* Rebuff *d Gl.* 2 *n.* 18. Guid. Pap. *Decis.* 109 *n.* 1. ubi Ranchin. & Matthæ. A. Fab. *d. tit.* 9. *defin* 16. obi satis esse, si post datum diploma, etsi ante oblatum & exhibitum, quia nec de his tempore concessionis cogitatum. Faber *d. loc.*

11) Et annalem sane facilius, quinquennalem autem, non nisi ex urgentissima caussa & certa principis scientia concedi notat Tessaur. *d Decis.* 186. *n* 5 *per L.* 45. §. 10. *de iure fisci* add Knich *d. Cap.* 5. *n* 456. Ant Fab. 25. *Err. Prag* 3. *initio* Versatur autem hæc caussæ cognitio in sequentibus. Nam ut vel denegetur beneficium, vel generaliter ac indefinite indultum non proficiat debitori efficitur VEL EX PERSONA DEBITORIS: Cui negatur, aut datum non prodest beneficium si vel indignus: ut si decoctor, debitumve negaverit *supra N.* 7. item si fugæ se accingat. Surd. *Decis.* 307 *n* 19. vel facto suo sibi ademit: Si eandem dilationem antea obtinuit, eiusque tempus exiit, etsi ea nec usus fuerit, quia iterum non petenda arg. *L. ult. de feriis & d. tit.* Ant. Fab *d. tit* 9 *defin.* 1. Item si iurato ei renunciavit expresse, recte Tessaur. *d Decis.* 186. *n* 8. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 24. etsi contradicunt Molles. 4 *& Semestr.* 6. *n.* 1. quia, ait, in quovis iuramento auctoritas superioris excepta intelligitur. Recte, inquam, *intelligitur* in dubio. Hic autem ubi expresse, res clara. Deinde non hic auctoritas superioris quicquam minuitur, sed damnum privati vertitur. Quod si ipsi obligationi firmandæ iusiurandum accesserit, quanvis hic plerique Principi sæculari ius concedendi inducias denegent, quia religione iurisiurandi solvere nequeat; Præsuli autem Romano soli relinquunt, qui concedendo, una pro potestate sua solvere videatur, ut DD quos citat Tessaur. *d loc.* n. 4. *&* 5. Trentac. *d. Res.* 1 *n.* 12. qui eos sequitur, ut & Menoch. *C.* 203. *n.* 14. & seq. Boer. *Decis.* 296. *n* 5. Knich. *d. Cap.* 5 *n* 460. excipiens, nisi subiecta clausula: iuramento non obstante. Verius tamen puto hoc immo Principi licere. Quomodo recte Tessaur. *d. lo. n.* 6. consuetudinem qua id licet Principi, consonam esse sacris litteris, virtuteque iuramenti non impediri ordinariam Principis potestatem. Quod si ita est: & iure communi, vi potestatis suæ, idem Principi licebit, neque a consuetudine quidquam emendicare cogetur Confer Asin. *de Exsec.* §. 9 *Cap.* 165. *fol.* 747 Henning. Arnisæ. *Lib.* 2. *de iure maiest. Cap.* 6. *n.* 8 *&* 9 Plane nec ipse Pontifex in dubio actui iurato derogare censetur *Cap. constitutus* 10. *de rescript.* Coler. *P* 1. *C.* 4. *n.* 16. & citati a Moll. *d. C.* 6. *n.* 2. Quare nec generales induciæ debita iurata complectuntur, nisi facta sit mentio iuramenti sive in ipso rescripto, Lanc. Conrad. *supra d. loc. n.* 7. Knich. *d. loc. n.* 461. sive saltem in precibus impetrantis. Ut ita hic non tam potestas quam voluntas Principis deficiat, cum non exposita qualitate debitorum rescriptum subreptitium fit ut *supra N.* 8. Nam & si iurisiurandi meminerit reus, Princeps haut proclivius credi ur ad indulgendum moratorium rescriptum, nisi ubi summa solvendi difficultas aut impossibilitas. Neque enim si tunc inhumanitate creditoris, qui fortunæ magis quam suo vitio ea inopiam pervenit (ponendi enim terminis habiles vid *supra N.* 7. *initio*) carceri includatur, eo magis iureiurando de solvendo certa die satisfit. Quin nec periurus qui constituto die non solvit, si ob paupertatem solvere non valeat, ut post plures Fr. Viv. *Decis.* 38. *n* 3. Et summa difficultas excusat a periurio ex crebriore DD. opin. teste Covar. *ad Cap. quamvis* 2 *de pact. in* 6 *P.* 2 §. 5. *n.* 4. adeo ut etsi dum iuravit, notitiam habuerit eius difficultatis non fiat periurus, sed iusiurandum ipsum temerarium, Covar.

præscriptio moratoria, quia pertinet ad [11] morandam, ideſt remorandam exactionem creditorum, ſeu ad moram iuiiciendam eorum petitioni.

IV. Quæ legitimæ ſunt, & iure ipſo tribuuntur dilatoriæ exceptiones, duarum cauſsarum naſcuntur ex aliqua, unde & totidem genera earum. Aut enim comparatæ ſunt adverſus [13] perverſam actionis inſtitutionem, uaſcunturque ex eo, quod non ſecundum iudiciorum formam & ordinem actio inſtituitur: aut ſunt adverſus inhumanam ſolidi petitionem, naſcunturque ex eo, quod ſolidum petitur ab iis, quibus ſolidi condemnatio pietatis, humanitatiſve iure ad tempus remittitur. Prius ergo hic genus eſt perverſæ iudicii inſtitutionis. Id eiuſmodi eſt, ut quocunque modo, quaeunque in re pervertitur forma aut ordo iudiciorum, illinc tamdiu exceptio ſit iudicii in totum recuſandi cauſsa. Pervertitur hic ordo aut in perſonis ad iudicium pertinentibus, aut in genere actionis, aut in ordine actionis exereendæ. In perſonis ad iudicium pertinentibus, puta actoris, rei, magiſtratus, iudicis. Actoris, & rei, [14] cum is agit, aut defenſioui ſe offert, quem non

Covar. *ibid.* Cæterum ſi nec obligationi, aut ſolutioni iuſiurandum adiectum, ſed & renonciatio ſimplex non iurata acceſſerit: licet & tunc Coler. *P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 229. inducias non admittere videatur, arg. *L.* 2. *C. de Uſ. rei iudic* & quia cum renunciatione beneficia iuris communis tollantur: per vulgo facilius quæ iuris ſpecialis. Id tamen alii declarant, ſi ſcilicet renunciationis in reſcripto mentio non fiat. Trentac. *d. Reſol.* 1 *n* 24. Ant. Fab. *d. tit.* 9. *defin* 20. *n.* 15. Idem puto ſi precibus ſuis renunciaſſe ſe antea induciis eas impetrans retulerit. Niſi forſan verius nec valere hanc renunciationem, maxime non iuratam arg. eorum, quæ de renunciatione ceſſionis bonorum haut gregarii interpretes tradunt. Quo de forſan lib. 27. quædam ſubnotabo. *Creditoris*: ſi vel onus moræ ferre nequeat, Moller. 4 *Semeſtr.* 6. *n.* 2. ubi alias eius ius, non tam differretur quam everteretur. Ut ſi æque inops vel pauperior, Afflict. *Decis.* 377. Rebuff *d. Gl.* 1. *n.* 25. Ant. Fab. *d tit.* 9. *defin.* 29 *n.* 7. Teſſaut. *d. Decis* 186. *n.* 7. ſi mercenarius vel operarius, qui ex mercede operæ ſuæ ſe ſuſque ſuſtentat Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 26. Moll. *d. n.* 2 Matth. Steph. 2. *de iurisdict. P.* 1. *Cap.* 1. *membr.* 2. *n.* 248. vel aliud ipſi, ex perſona ſua privilegium, Ut ſi fiſcus vel princeps, ita DD. per *L.* 3. *C. de precibus Imp.* Boer. *Decis.* 296 *n.* 6. Ant Fab. *d. defin.* 20 *n* 9. qui abſolute uſum induciarum hic nullum eſſe ſcribit, Menoc. *Cap* 203 *n.* 16. *&* Trentac. *d. Reſol* 1. *n.* 14. Chaſſanæ. *Catal. gloriæ mundi*, *p.* 5. *conſid.* 24. *n.* 199. *per Nov.* 17. *Cap* 7. §. 1. qui generalibus induciis non contineri. Certe uſum in his eſſe induciarum contra Ant. Fab. *d. loc.* aperte probat *L.* 45. §. *ult. de iur. fiſci.* Et ſane nihil magis principem decet, quam humanitas & miſeratio. Si Eccleſia vel pia cauſſa. Et hic Principis poteſtati nihil tribuunt, poſt Rebuff. *d. Gl.* 1. *n* 32. Menoch. *d. loc. n.* 20. Trentac. *n.* 16. Ant. Fab *d n* 9. quid, & quatenus hac parte bonis principibus liceat, noſtrum non eſt definire; at nec laudatos auctores audemus hic erroris inſimulare *eodem errore quo ius omne in Eccleſiaſticis bonis Principibus auferimus*. Ac certe nullius magis eſt miſeratione erga egenos affici, quam Eccleſiæ. Generalibus tamen induciis hæc debita excepta haud ægre largiendum. Quid enim, ſi ut uſu ſæpe venit, indignus impetraverit. Poterit Eccleſia, ſi de ſubreptione nolit aut non conſultum putet, de privilegio ſuo replicare. Denique ſi pupillus A. Fab. *d loc. n.* 10. poſt Boer. *Decis.* 296. *n.* 6. qui & de minore id tradit Sed Menoch. *d loc. n* 23 generalibus quoque verbis pupillare debitum contineri ſentit. Quod &, ſi alia requiſita adſint, iuſta ea quæ *ſupra N.* 7. & 8. humanius puto, præſertim ſi ipſi pupillo ſit unde ſe exhibeat, nec ex dilatione grave diſpendium. Tunc enim maior merito favor egeſtatis quam ætatis. Vel ea conditione debiti, ſi privilegiatum ſit, aut moram ſolutioni fieri non conveniat. Ut in cauſſa depoſiti, etiam nummorum, per *L. pen. pr. ibi: quam celerrime C Depoſ* Boer. *Decis.* 296. *n.* 4. Surd *Decis.* 323. *n* 7. Trentac. *d. Reſol.* 1 *n.* 32. A. Fab. *d. loc n.* 12. Et quia domino rem ſuam repetenti negari ea prætextu iuſto vix poteſt. Unde idem puto in cauſſa Commodati, & pignoris, ſoluto debito, ſaltem quoties res ipſa extat cuique reſtitutio debetur. Item iudicati, vid. *ſupra N.* 7. dotis & ſtudiorum Rebuff. *d. Gl.* 1. *n.* 34. A. Fab. *d. defin* 20. *n.* 11. alimentorum, ex profeſſo Surd. *Decis.* 323. Trentac. *d. Reſol.* 1. *n* 12. conductionis operarum, de quo paulo ante, & generaliter in penſionibus ex locationibus rerum, quarum fructus conductor percipit, Menoc. *d. Cap.* 203. *n.* 18. Trentac. *d. Reſ.* 1. *n.* 15. Boer. *d. n.* 6. A. Fab. *d. def.* 20. *n.* 5. Item in venditione, ſi re tradita ad pretium agatur arg. *L.* 50. *de act. em.* Ant. Fab. *d.* 1. 9. *def.* 11. maxime autem eduliorum in foro rerum venalium facta, ob neceſſarium eorum commercium, quia ſolutio in promptu fieri debet, *L.* 2. *de Nund.* Boer. *d. Decis.* 296. *n.* 6. iindem iudicatum referens, etſi fide de pretio habita in creditum itum ſit Rebuff *d. Gl.* 1. *n.* 45. A. Fab *d. defin* 11. *n.* 4. *&* *def.* 30. *n* 13.

11) Morari enim eſt ceſſare *L.* 6. *de Uſuf. leg. L* 5. §. 1. *Ut L. nom. cau. L.* 91. §. 1. *de V. O. L.* 7. *C. de his qui accuſ.* Virg. 4. *Æn. &* 12. *Æn.* Quomodo moratoria cautio *L.* 5. *in fi. de Conſtit.* cunctatio *L.* 7. §. 1. *de adm. tut* ambages *L. ult. C. de compenſ.* Arumæ *de Mora C.* 1. *n.* 5. *&* 6. poſt Tiraq. *de retr. lignag.* §. 4. *Gl.* 3. *n.* 4 Interpretes noſtri vocant inducias DD. *ſupra* citati paſſim Teſſaut. *Decis.* 186. *n.* 1 notans a ruſticis apte induſtrias vocari. Et ita induciæ, in ſimili *in* §. *ult. Inſtit. de Exc. L. ult. C Qui bon. ced.* Caſſiod. *Lib.* 2. *variar. C* 28. Quas & ab *indo*, id eſt, in & *otio* derivari vult Chriſtoph. Coler. *Parerg Cap.* 21. reiecto etymo Agellii 1 *Noct.* 25. tanquam ιdvtuoλoyiat non etymologiam reſipiente. Græci ἀνοχὰς nuncupant, Hering. *de fideiuſſ. Cap* 5. *n.* 145. Ac ciuſm.di diploma noſtris litteræ ſalvi conductus, Menoch. *Cap.* 203. *n.* 14. *& ſeqq* Trentac. 3. *Pract. Reſol. tit. de Sol. Reſol.* 1. *paſſim* item, Gratiæ, Aſin. *de Exſec.* §. 6 *Cap* 69 *& ſeq.* & Securitatis, Io. Petr. Surd. *Decis* 301. *&* 307. Noſtratibus Anſtandbrieff, Gail. 2. *Obſ.* 46. *n.* 14. Wehner. *Obſ. pract. de V. S. verbo Anſtandbrieff*, Knich *ſupra d. Cap* 5 *n.* 452. Hering. *d. Cap.* 5. *n* 101. Unde debitores dicuntur *Giſtra vuerden.* Hering *ibid. n.* 102. Ventura de Valentiis *Parthenii Litigioſi lib.* 2. *C.* 9 *n.* 22 Gallis, Lettres de reſpit, Litteræ reſpirationis. A. Fab. *Cod. ſuo h. t. defin.* 2 *&* 11. *&* 25. *err. prag.* 1. Iac. Ferrer. *ad. Guid. Pap. Q.* 97

13) Vulgo tria genera ſic ſtatuunt, quod aliæ reſpiciant Iudicem, aliæ litigantium perſonas, aliæ libellum vel cauſſam ipſam Marania *P.* 6. *memb.* 9 *n.* 1. Aſin. *Praxi* §. 13 *C.* 1. *n.* 13. *& ſeqq* Sigiſ. Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. civil. Cap.* 101 *n* 6. *& ſeqq.* Et quæ Iudicem reſpiciunt vel eius perſonæ opponuntur, eo tendentes ut iudicium declinetur, vel eiuſdem facto, ut differatur iudicium; Exceptio loci non tuti, inhoneſti, termini anguſti, feriarum. Zang *de Exc. in Proœm. partis* 2.

14) Et quæ perſonæ actoris obiicitur, aut ob incapacitatem vulgo Exceptio Legitimationis perſonæ, Marant. *d. memb.* 9. *n.* 3. Scaccia *d Cap* 101. *n.* 31 Aſin. *d. C.* 1. *n* 14. Zang. *P.* 2. *Cap* 8. item inhabilitatis. Quæ tamen non proprie exceptio videtur, ſed intentionis, quæ ipſo iure actionem non competere arguit Aut ob factum vel delictum Exceptio non impetratæ veniæ & contumaciæ, de quibus Zang. *P* 2 *Cap* 9 & nos *Lib. ſeq* Quo & referri poſſet Exceptio Subreptionis, de qua *infra N.* 17. Quæ ex perſona rei ducitur, itidem aut negat iudicium conſiſtere, quæ eſt intentionis, nec proprie exceptio, ſi iure conveniri nequeat ut *ſupra Lib* 17. *Cap.* 5. Aut idem declinat, ut Exceptio revocandi domum, quæ eſt legatis *ſupra Lib.* 17. *C.* 13. item, quæ aliis ut a ſuo & ordinario quidem eo Iudice vel ad Principem vel ad alium proprium Iudicem ex privilegio revocare queant, de quibus *ſupra Lib.* 17. *C.* 20. Hic enim ni exceperit reus, iudicium conſiſtit, cum non neceſſe habeat eius Iudicis quem ex privilegio habet cognitionem pati, ſed privilegio renunciare queat *ſupra Lib* 17 *C.* 10 *n.* 5. Illic conſtitui plane nequit ex. gr. Si ſervus pro libero habitus

non oportet: de quibus diximus supra suo loco. Atque hoc in genere præcipuæ celebrantur, quæ dicuntur procuratoriæ [15] exceptiones, cum is agit, aut defensionem suscipit alieno nomine, qui idoneus procurator vel defensor non est, aut non ita satisdat, ut eum ex edicto oportet: quod ius ex argumento de procuratoribus sumendum est. Harum exceptionum frequens mentio in libris nostris, numeranturque eædem inter dilatorias exceptiones: ut in *L.* 2. in fi. *L.* 3. *D. de except. L. in exceptionibus*, §. *pen. D. de prob.* §. *pen. Inst. de exc.* Ex persona magistratus idem accidit, cum apud eum agitur, cuius de ea re de qua agitur, non est iurisdictio: puta, non hoc loco, non in hac causa, non inter has personas. Ex persona iudicis, cum is iudex datur, qui non est idoneus aut per se, aut in hac causa iudex. Et de his in iurisdictione, & notione omnium iudicum diximus. Ex hoc genere sunt, quæ dicuntur [16] præscriptiones fori, quarum mentio est in *L. ult. C. de exc. L. pen.* in pr. *C. de pac.* sic dictæ, quod comparatæ sint defugiendi eius fori & tribunalis caussa, in quo nunc res in iudicium ab actore vocatur. Ex genere actionis, perperam instituitur actio, [17] eum ubi mitiore iudicio agi debuit, puta non famoso, illic famoso agitur: veluti, si is cui decepto alia actio est iuris sui persequendi caussa, agat de dolo: quod edictum vetat. *L.* 1. *D. de dolo.* aut si deceptus, deficientibus aliis remediis hac actione utatur adversus parentem, patronumve: quod & ipsum reverentia his debita prohibet. *L. non debet*, *D. eod.* In ordine iudiciorum eadem perversio est, cum ea actione prius agitur, qua maiori & graviori caussa [18] præiudicium fit, cui præiudicium fieri non oportet: de quo dicetur postea opportunius in ordine iudicii:

bitur lite pulsatus sit, quandocunque, etiam post sententiam, servum esse confiterit, iudicium nullum fuisse apparet.

15) Ubi veræ sunt exceptiones quæ personis obiiciuntur, quibus an mandatum habeant non disquiritur ut *Lib.* 18. *C.* 11 *n.* 17. Quæ dicuntur de apicibus iuris *supra Lib.* 13. *C.* 13 *n.* 18. nec iis locus in foro mercatorum Foller. *ad Marant. P.* 6. *memb.* 9. *n.* 54 Ast quæ ex defectu, aut vitio mandati, vulgo Exceptiones falsi Procuratoris, item Legitimationis, Foll *d. loc. n* 55. exceptiones proprie non sunt, cum actio deficiat, nec iudicium consistere possit ut *supra Lib.* 18. *Cap.* 12. *n* 5 *N.* 6. Tametsi ibidem exceptionem dilatoriam vocavi, latiori scilicet sensu, quo omnis defensio sei exceptio; quoque vulgo Exceptiones intentionis usurpantur ut *supra C.* 1. *N.* 4. Est enim ex iis exceptionibus intentionis, quæ dilatoriis, non quæ peremptoriis, affines, vid. *not. infra Lib.* 24. *C.* 2. Etsi stricte nec peremptoria sit nec dilatoria, cum a quo genus removetur, ab eodem etiam eiusdem species.

16) Quæ duplices Incompetentiæ & recusationis, Marant. *d. Membr.* 9. *n.* 1. Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. causs. civ. &c. Cap.* 101. *n* 6. Vult. ad *L.* 4. *C. de iurisdict n.* 18. Afin. *Praxi* §. 13. *Cap.* 8. vid. & Gœd *de sequestrat. Cap.* 1. *n.* 14. *& seqq.* Wurmser. *cit.* 8 *Obs.* 2. Affiict. *Decis.* 74. *&c.* Atque ita tone proprie exceptio, cum ea non opposita iurisdictio prorogetur vid. *supra Lib* 17. *C.* 10. Nam quando prorogari nequit, intentionis exceptio est, cum iudicium nullum reddatur, Scaccia *d. Cap.* 101. *n.* 15. De qua accipienda est cautela Lanfranci quam refert Rosbach. *t.* 40. *n.* 12. Itemque ubi Iudex is qui in totum hoc munere arcetur ut *d. Lib.* 17. *C.* 14 His affines ac fere earum species exceptio Præventionis & Litis pendentiæ, de quibus *supra Lib.* 17. *C* 18. Efficiunt enim ut is Iudex ad quem nunc reus vocatur, incompetens censeatur, qui alias competens futurus.

17) Sunt & aliæ dilatoriæ, quæ caussam potius quam personas respiciunt: Vel ex modo actionis institutæ, si in melius reformanda: Exceptio libelli generalis, obscuri, &c. quæ tamen quandoque exceptio intentionis quando libellus plane ineptus, ut nec non opposita exceptione sustineatur, vid. *not. lib. seq. C.* 4. *N.* 9. ineptæ cumulationis, quoties ea subsistit, non cum obiicitur vid. Grevæ. *Conclus* 63. *n.* 12. Sub & obreptionis quæ præscriptio mendaciorum dicitur *L.* 2. *C. Si contra ius vel util.* Ubi falsum suggestum Principi aut verum tacitum. Tametsi utrumque sine fraude & per ignorantiam quandoque fieri possit, Pfeil. *Cons.* 160. *n.* 35. *vol.* 1. Et hæc suspendit iurisdictionem Iudicis respectu meritorum caussæ, non autem ratione competentiæ vel incompetentiæ, Io. Bapt. Leonell *de subreptione rescript* Q. 12. *Art.* 3. Traduntque vulgo per obreptionem fieri, quod tacita veritate & celata conditione per *L.* 10. §. 2. *de in ius voc.* Per subreptionem autem quod per mendacium & falsum expressum. Quod probat A. Fab. *ad d. L.* 10. §. 2. & receptiorem opinionem esse testatus Menoch. *casu* 201. *n.* 9. reprobans tamen illam *ibid. n.* 10. Sed de materia huius exceptionis pleniorem cognitionem expetens haurire potest, ex iis quæ fuse tractant Menoch. *d. Cap.* 201. *& seqq. & Cap* 314. Gail. 1. *Obs* 14. Wesenb. *Cons.* 43. *n.* 26. *& seqq.* P. Frider. *Lib.* 1. *de Process. Cap.* 15. & *Lib.* 2. *Cap.* 15 Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de dolo Cap.* 12. Zang *de Except. P.* 2. *Cap.* 17. Trentacinq. *Lib.* 1 *Pract. Resol tit. de rescript. & privileg resol.* 5. Io. Bapt. Leonell. *d. Tr. de Subreptione rescriptorum*. Vel ex meritis actionis, cuius vim vel suspendunt; sive quod reo quid ante præstandum. Exceptio spolii, *Cap. dilectus* 2. *Cap. ult. ext. de ord. cognit.* de qua Zang. *P.* 2. *Cap.* 18. Iac. Schult. *Obs. forensi* 25. & 4. *seqq.* Cedendarum actionum, Zang. *P.* 2. *Cap.* 16. *n.* 27. *& seqq.* Hering *de fideiuss. Cap* 27. *P.* 3. *n.* 6. & 7. & iuris Sax. Exceptio Satisdationis & Guarandæ non præstitæ, Wesenb. *in complem. ad* Sneidvin. *Inst. h. t. n.* 4. Pretii non soluti vel Implementi non secuti, de qua *supra Cap.* 6 *n.* 20. *& seqq.* Quam licet plerique laudati in *d. Cap.* 6. *N.* 19. peremptoriam; quidam etiam intentionis exceptionem doceant; Verius tamen videtur dilatoriam esse. Soluto enim postea precio, merce tradita non nova actio nascitur, nec antea exceptione obiecta perempta renascitur, quod ius non finit, sed vetus quæ antea fuit, efficax redditur. Ac licet sit species exceptionis doli generalis, ut Donel *d. Cap.* 6. *n.* 21. vel quod magis est, cum exceptione doli generali concurrat, id tamen aliis quoque dilatoriis, quæ solutionis dicuntur, commune, ut et ante diem pacti de non petendo intra certum tempus iguitur, ut *L.* 2 §. *pen de dolo exc.* Talis quoque Exceptio doli ad sumptus in rem servandos. Illis enim præstitis tenet actio in solidum. Sive quod alius prius excutiendus. Exceptio Ordinis de qua supra *Lib* 15. *Cap* 47. *n* 7. *& seqq* Quæ dilatoria A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. Scaccia *Lib* 1. *de iudic causs. civ. Cap* 101. *n.* 58 Zang *P.* 2. *Cap* 16. *n.* 10. Schult. *Obs. forensi* 9. 1. *&* 2. Tametsi Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 6. eam exceptionem intentionis statuat. Vel minuunt. Quo referenda ex vulgari opinione Exceptio divisionis *supra Cap.* 3. *N.* 4 item Inventarii, de qua *in not. Cap. præced. N.* 10 & illa de qua *h. C. N* 20.

18) Hinc in *Rub. D h. t.* addita illa *& præiudiciis*. De quo tamen diversa sentiunt & præiudicia varie accipiunt & exponunt, Duar. 2 *Disp* 2. Coras. 2 *Misc.* Cuiac. 5. *Obs.* 37. Robert. 1. *sent.* 13 Ræv. 1 *de præiudic* 11. *& seqq & Lib.* 2. *C.* 6. ac passim Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 1. *n.* 14. *& seqq* A. Massi Gales *Praxi iudiciali pag.* 49. *& seq.* Vult. 1 *Disp.* 3. P. Frider. *Lib.* 3. *de contin. causs. Cap.* 19. *n.* 30. & add. *supra Lib.* 20. *Cap.* 8.

cii: extat de hoc ordine Titulus in *C. de ord. iud.* Huius generis exceptiones illæ sunt, quæ a Cicerone dicuntur translationes & iudicii commutationes. *lib.* 1. & 2. *de Invent.* cum scilicet non is agit, quem oportet: non cum eo, cuius sit idonea defensio; non apud quem; non quo loco; qua actione; quo tempore oportet. Recte translationes & verbo apposito ad id significandum, quod verbo continetur. Competunt enim hæ exceptiones iudicii commutandi, & in alias personas, alium locum, aliam actionem, aliudve tempus [19] transferendi caussa.

V. Posterius genus dilatoriarum exceptionum, quas adversus solidi petitionem iure comparatas esse dixi, est earum personarum, quibus pietatis aut humanitatis iure datum est, ut conveniantur in id solum, quod facere possunt: quo in numero sunt parentes, patronus, patrona, maritus in dotis exactione, socius, donator, & alii nonnulli, qui commemorantur in *L. sunt qui*, & *LL.* seqq. usque ad *L. sciendum*, *D. de re iud. §. pen. Inst. de act.* Quod genus beneficii quia ad minuendam condemnationem pertinet, eoque ad effectum rerum iudicatarum, quale sit beneficium, quid contineat, quibus & quousque tribuatur, eo loco opportunius dicetur. Recte autem has exceptiones dilatorias esse dicimus; quoniam ita solidi petitionem excludunt in iis, qui facere non possunt, ut excludant per id tempus dumtaxat, quo [20] facere non poterunt: qui si vel industria, & opera, vel aliena liberalitate facultatibus aucti facere posse cœperint, eodem beneficio atque hac exceptione uti posse desinunt. *L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. act.*

VI. Generibus exceptionum dilatoriarum cognitis, reliqua de his videamus. Fuit autem ex illis quatuor secundum, quod proxime quæratur, quam vim hæ exceptiones habeant ad excludendam actionem: quando omnis exceptio nihil nisi actionis exclusio est. Et vis ea est, quam verbum ipsum indicat, ut non perpetuo actionem excludant, sed ut competunt ad tempus, ita eo usque actionem differant, eiusque temporis solum dilationem tribuant *§. temporales, Inst. de exc.* Solum videndum, quodnam sit id tempus, intra quod singulæ competant, post id tempus non noceant. Id superiora genera cognita, non difficile ipsa per se expedient. Quæ debitoris opera quæruntur dilatoriæ exceptiones, si ex conventione sunt, id tempus habent, quod conventione comprehensum est: si ex beneficio principis, id habent, [21] quod concessit principis indulgentia. Illud proprie in priore illa exceptione pacti temporalis servatur, ut non solum ante tempus pactione vel obligatione constitutum agere non liceat: sed etiam si actum erit, pœna [22] hæc sit, ut conduplicentur reo induciæ, & post eas finitas non aliter suscipere cogatur, quam si expensas omnes litis antea acceperit. Olim qui ante agebat, neque eo iudicio quidquam consequebatur propter exceptionem, neque post tempus agere poterat, quia rem temere in iudicium deducendo caussa cadebat, & rem amittebat. *§. temporales, §. hodie, Inst. de exc. §. si quis agens, Inst. de act.* Quæ secundi generis sunt dilatoriæ exceptiones; cum unam hanc caussam habeant, quod perperam & contra iudiciorum formam agitur: nempe tandiu obstant, quandiu perperam

19) Ita & Cuiac. 18. *Observ.* 34. Et has præscriptionibus opponunt Rhetores vid *not. supra C.* 1. *N.* 13.

20) Et ita ubiecta effectum temporalem non perpetuum habet, ergo & per ea quæ *not. supra Cap.* 2. *N.* 13. Accedit quod si is cui hæc exceptio competit per errorem solvit, non condicit *L.* 8 *& seq. de cond. ind.* Et ita Azo *in Summa C. h. t. n.* 3 Zas ad *L.* 2. *§. ultim.* iunct *L. seq. D. h. t. n.* 10 *& seq.* (ubi n ta quod post litem contestatam non solum, sed & post sententiam ei locus, ut *infra N.* 29 id non esse ex vi perimendi, sed quia proprie exsecutioni opponitur) Zang *de Exc. P.* 2 *Cap.* 15 *n.* 5. *&* 6 Brunch. 2. *Misc* 51 Atumæ. *Exerc. inst.* 19. *Th.* 7. Diss. Bart. Cynus & alii referente Zang *d. loc n.* 2. sc Asin *Prax. iud* § 13 *Cap.* 6. *n.* 3. qui partim vult esse peremptoriam, quatenus litis contestationem non impedit, partim dilatoriam qua non perpetuo, nec condictionem soluti efficit.

21) Modicum autem tempus concedendum. Nam si dilatio 20 vel 30 annorum indulta, non valere eam, cum grave dispendium creditori inferret, tradunt Lancel. Conrad. *templo om. iud. Lib.* 1. *Cap.* 1. § 4. *de prastant. & potentia imp. v. debitorib. dilationes indulgat n.* 4 Trentac. *Lib* 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. *n.* 2 Plane quinquennales induciæ fere frequentantur Neque ideo tamen ad hoc quinquennium coangustanda Principis potestas Quasi ulterius non valeat rescriptum, ut relati ab Hering. *de Fidei. Cap.* 5. *n.* 535. A. Fab. *C. suo Lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 17. volens longiores inducias, nec pro ipso etiam quinquennio defendi qui & hoc amplius nec quinquennales etiam Principi indulgere relinquit, citra assensum maioris partis creditorum *d. tit.* 9. *defin* 6. *defin.* 21. *n.* 5. *ac* 6. post Boer. *Decis.* 296 *n.* 3. Sed quodammodo hic modicum Principi ex re definiendum, ut tamen quinquennium, non facile excedat, quin nec sine gravissima caussa tantundem indulgeat, vid. Cunrad. *d. loc n* 3. Trentac. *d. n* 2 Sic apud Cassiodor. 2. *Variar* 38. exemplum induciarum biennii Computatur autem & currit hoc tempus a die emissi diplomatis, seu datæ ut vulgo, non ex die quo exhibetur, eove debitor utitur. Gad Papæ Q. 109. ubi Ranchin. Trentac. *d. Resol.* 1. *n* 27 Neque ex die quo de æquitate eius cognitum, nisi nominatim id indultum. A. Fab. *d. tit.* 9 *defin.* 3. & nisi interim impeditus &c. Ita ut *not. supra N* 9

22) Et illud quidem prius lege duodecim tabularum cautum fuisse vult Balduin quem insectatur Cont. 2. *Subsec. Lect.* 20. *n.* 4. *&* 5. & Rævard. 3. *Var.* 14. Cuius pœnæ vestigia in libris nostris non pauca, de qua & in universum de pœna plus petitionis ac ratione duplicationis induciarum (quia exactius quævis persequi per modum instituti non licet) videas Cuiac. 7. *Obs.* 27. *&* 12. *Obs.* 21. Cont. Ræv. *dd. loc.* Briss. 4. *Ant* 7 10. P. Fab. ad *L.* 42. *de R I.* Hot. 8. *Obs* 3 Tessaur. *Decis.* 231. Coler. *Decis.* 265. Zang. *de Except. P.* 2 *C.* 10. Obrecht. *de concip. libell. Cap.* 19. Hering. *de Fideiuss. C.* 22. *n.* 21. *& seqq.*

peram agitur, commutato vitio institutionis, & actione in rectam formam translata, simul etiam eas desinere necesse est. Tertium genus, quod est earum quæ sunt adversus solidi petitionem, quod tempus habeat, iam supra ostendi. Nam quæ humanitatis caussa ita tribuuntur, ne quis qui alioqui solidum debet, conveniatur ultra quam facere potest: etiam eas tandiu competere oportet, quandiu qui convenitur, facere non poterit. Post ubi cœperit posse facere, simul eveniet, ut caussa sublata desinant.

VII. Tertium quæritur de his generibus, quod ad ius personarum in his exercendis pertinet, ad quos scilicet hæ exceptiones pertineant, ut sit, qui bis pro suo iure recte utatur. In quo quæritur, quibus, & adversus quos competant. De quo in singulis generibus superioribus non una præceptio est. Primi generis exceptiones esse diximus duas, pacti conventi temporalis unam, & præscriptionem moratoriam alteram. De priore ita definiemus, quibus & adversus quos exceptionem pacti conventi peremptoriam competere diximus, iisdem, & adversus eosdem hanc [23] pacti conventi temporalem competere intra tempora conventione præfinita: scilicet quia utraque pro eo tempore, intra quod competunt, eiusdem generis & potestatis sunt. Conventionem enim eandem habent, ne interim agatur, & ambæ pariter caussæ cohærent: utpote pacti interpositi caussa constitutæ, non personæ. Quapropter hæc quoque pacti conventi dilatoria, ut paciscenti reo competit; ita competet, & paciscentis heredibus, quive in rem successerunt, item & fideiussoribus omnibusque principalis obligationis accessionibus intra sua tempora. Et rursum quemadmodum competit adversus eum qui pactus est; ita competet adversus successorem omnem, qui in re de qua pactum interpositum est, eadem actione utetur intra tempus constitutum: ut, si quis convenerit, ne de fundo ageret intra quinquennium, & interim fundum vendiderit, emptor intra idem tempus vindicans eadem exceptione summovebitur. Non eadem caussa est moratoriæ præscriptionis. Hæc datur quidem adversus omnes creditores debitoris, sive principales creditores sint, sive ii, qui ab his actionem acceperint: nam adversus omnes vult princeps tutum esse debitorem. Sed soli debitori competit, cui beneficio principis tributa est: ad heredes, aut fideiussores debitoris [24] non pertinet. Quippe ut cætera beneficia principis, quæ certæ per-

23) Et sicuti pactum maioris partis creditorum, partem certam crediti remittens aliis nocet ut *supra d. Cap. 4. N.* 20. ita & inducias iisdem indulgens, de quo *L. ult. C. Qui bon. ced.* Quas inducias nonnulli nostrorum cum illis quas Princeps ad preces debitorum indulget, de quibus *h. C. N.* xr. *& praced. N.* 4. *& duob seqq.* haut levi errore confundunt. Quidam nec hic quinquennium excedi posse tentur per *d. L. ult.* Moll. 4. *Semestr.* 6. *n.* 6. Et rescriptum una Principis sequiri A. Fab. *dd. loc. & citati supra N.* 5. Etsi contra Trentacinq. ut ibid. Cui licet suffragari hæc ratio videatur, quod uti in remissione partis crediti *L.* 7. *§. ult. de pact.* prætoris partes solum necessariæ, ubi gravius reliquis dispendium quibus pars crediti aufertur, ita & hic sufficere debeant eiusdem partes, ubi solum dilatio. Attamen *d. L. ult. pr.* necessitatem adeundi Principem imponit, dum *solito more* id a se peti Imperator memorat. Num autem omnes creditores ad hoc convenire aut citari oporteat, & quomodo consentire debeant expedit Trent. *Lib.* 3. *Pract. Res. tit. de Solut. Resol.* 2. *n.* 6. *& seqq.* Etsi autem pacto illo de parte debiti ius hypothecæ non minuitur, ut *d. C.* 4. *N.* 20. tamen hic nulla inter hypothecarios & alios differentia *d. L. ult. circa fin.* cum hæc dilatio ipsum ius crediti non interimat. Octav. Simoncell. *de decret. in contract. min. in praf. n.* 113. Meland *Comm. Cameral. P.* x. *ti.* 10x. Trentac. *d. Res.* x. *n.* 3. Quin nec caussam dotis hic exceptam esse vult post alios Turamin. *ad L.* 10. *de Iure fisci P.* 1. *C.* 1. *n.* 31. & Trentac. *de Resol.* x. *n.* 16. Exceptas tamen pensiones ædium & pretia eduliorum statuit, idem *d. Resol.* 1. *n.* 15. Quin in debitis iuratis. Ad hæc *d. L. ult.* non pertinere, neque creditoribus hic consensum aliorum nocere vulgo proditum est. Trentac. *d. Res.* 1. *n.* 12. Simoncell. *d. n.* 113. Menoch. *Cap.* 203 *n.* 15. (nisi ait absolutio iuramenti prius petita ab Episcopo) Coler. *P.* 1. *C.* 4. *n.* 16. Matth. Steph. *de iurisd. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 7. *n.* 396. Confer. *hac N.* 11. Plane creditores, qui postea contraxerunt non contineri expeditius est, cum consentire non potuerint. A. Fab. *C. suo Lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 6. Fideiussoribus autem tale pactum prodesse censeo, tum ne interim per eorum latus ipse paciscens petatur, tum quia hoc pacto pignoris, quæ cautio pinguior *L. plus cautionis* 25. *de R. I.* effectus suspenditur. Confer. *N. seq.*

24) Consentit quoad heredes post Caravitam Trent. 3. *pract. Res. tit. de Solut. Resol.* 1. *n.* 29. Quod ad fideiussores autem DD. incertos rem certare cernimus. Ac licet Ott. Meland *Com. Cameral. P.* 2. *tit.* 102. ac Matth. Steph. *Lib.* 2. *de iurisdict. P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 394. regulam affirmativam constituant, quod fideiussoribus prosit, ne per eorum latus principalis pulsetur, ac per indirectum beneficio principali fraudetur. Quo facit quod tradi solet dispositionem ad personam restrictam extendi, quando alias persona ista non frueretur ea. *Gl. in L. ult. C. de mun. & honor. non contin. Lib.* 10. Surd. *Decis.* 301. *n.* 7. hinc inferens sequestro actionis depositi convento hanc exceptionem dari. Crebriores tamen alii cum nostro regulam negativam habent, Rebuff. *de lit. dilator. Art.* 1. *Gl.* 1. *n.* 42. Menoch. *Arb. Ca.* 203. *n.* 26. Ant. Fab. *Cod. suo Lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 14. *n.* 1. Afin. *de Exsec.* §. 6. *Cap.* 70. Trentacinq. 3. *Pract. Resol. tit. de Solut. Resol.* 1. *n.* 25. post Bart. Bald. Dyn. Salic. & Caravitam quos citant, & Hering *de fideiuss. Cap.* x7. *P.* 5. *n.* 77. Quod & confirmat Coler. *P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 17. *&* 18. *per §. ult. Inst. de replicat. in fin. L.* 1. §. 8. *de O. & A. L.* 1x. *Iudic. solvi.* Verum huius iuris tum exceptiones traduntur. (1) Nisi in rescripto fideiussorum mentio. Ant. Fab. *d.* 1. *de defin.* 34. Hering. *d. n.* 77. aut saltem in precibus impetrantis, si & pro illorum quoque persona rescriptum petitum. Menoch. *d. n.* 26. (2) Nisi dilatio moto Principis proprio concessa, post Rebuff. & Cucch. Hering. *d. P.* 5. *n.* 79. Tum evitandi cautiones duæ. Una opposita exceptione ordinis vel cedendarum actionum, quia tunc principalis nec excuti, nec iura cedi possint. Afin. & Trentacinq. *dd. loc.* Altera lite denunciata principali, ut compareat ad defensionem fideiussoris, & ex sua persona præscriptionem moratoriam obiiciat, Afin. & Trentac. *dd. loc.* Surd. *Decis.* 301. *n.* 16 Coler. *d. Cap.* 4. *n.* 20. Hering. *d. loc. n.* 78. Neutri tamen cautioni locus, si vel induciæ generales contra omnes creditores indultæ, quia tunc nihil interest rei ne a fideiussoribus interim exigatur, nam durantibus induciis etiam contra hos tutus est, si actione mandati solutum repetant. Afin. & Trentac. *ibid.* Vel exceptione ordinis seu excussionis renunciatum, iidem *d. lo.* & Coler. *d. Cap.* 4. *n.* 18. *& n.* x1. *& Cap.* 10. *n.* 337. Ubi *d. n.* 21. *in fin.* testatur se plures ita consuluisse & obtinuisse.

personæ vel ob meritum, vel miserationis, aut gratiæ caussa tribuuntur, personalia sunt, nec egrediuntur personam. *L. 1. D. de const.* princ. Ita & hæc exceptio, quæ eiusdem beneficii permissio est. Scimus autem exceptiones & beneficia personalia ad heredes aut fideiussores non transire. *L. maritum, L. quia, seq. D. sol. mat.* Reliquorum generum duorum expedita in hac parte ratio est. Quæ exceptiones sunt adversus perversam actionis institutionem, necesse est, omnibus competant, adversus quos hæc perversa institutio est, sive sint principales rei, sive successores, aut accessiones. Nec potest, quin competant adversus omnes, qui perperam agunt. Sed nec aliis competere ex hac caussa possunt, nec adversus alios. Quæ autem sunt adversus solidi petitionem exceptiones, & ipsæ se ostendunt, quibus & adversus quos competant. Cum enim tribuuntur iis personis, quibus pietas, aut reverentia, aut peculiare aliquod humanitatis officium debetur; res declarat non posse eas competere nisi iis, quibus ista debentur, nec adversus alios, quam qui hæc debent. Ideo personales esse has exceptiones, quæ ad heredes aut fideiussores, quibus eadem non debentur, non pertinent. *d. L. maritum, L. quia, D. sol. mat.*

VIII. Reliquum est, de harum exceptionum usu breviter cognoscamus. Est autem hic in exceptionibus primi & secundi generis superioribus, ut inter exordia litis, idest simul atque lis moveri cœpta est, & ante [25] litem contestatam eas opponi oporteat: his prætermissis si agi cœ-

25) In ipso limine quæstionis, ut Sym. Mach. 1. *Epist.* Cuiac. 9. *Obs.* 23. *&* 18. *Obs.* 34. De quo inter omnes convenit quoad dilatorias iudicii quæ dicuntur, Maranta *p. 6. membr.* 9. *n.* 7. & 8. Sich. *ad L.* 19. *C. de probat. n.* 9. Menoch. *arb. C.* 240. *n.* 1. Vult. *Inst. h. t. n.* 23. Vigel. *meth. iur. Contr. Cap.* 7 *reg.* 22. Moller *ad Nov. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 1. Io. Bapt. Asin. plures ad hoc confertim citans *Praxi indic.* §. 13. *&* 1. *n.* 18 et & longa serie alios laudat Iac. Schult. *Observ. forensi* 9. *n.* 3. adeo ut advocatus ex hac caussa libra auri mulcteiur, *L. pen. C. h. t.* Et quod sola litis contestatio his viam præcludat docet Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap. ult. n.* 2. quæ veluti limes ac terminus earum, ut Sich. *ad L.* 13 *C. de Procur. n.* 2. Quin & posse statim post litem contestatam opponi vult post Innocent. Tiraq. *de retr. conventi* §. 1. *Gl.* 5. *n.* 4. *&* Sich. *ad L.* 13. *C. de Procur. n.* 7 post plures Asin. *praxi* §. 13. *Cap* 2. *limit* 9. *Conclusionis* 3. quia quæ statim post actum fiunt, in ipso facta videntur, quod pluribus exemplis fuse, pro more, comprobat Tiraq *d. Gl.* 5. *tota*. Id tamen ne hic recipiatur, natura rei, iure scilicet ita constituto, impedimento est arg *L.* 16 *de furt.* Contestando enim litem pure, iudicium subit reus, quod si se declinare una dicat, pugnantia loquitur. Enimvero DD. vulgo exceptiones contra iurisdictionem Iudicis, veluti incompetentiæ & recusationis suspecti, non solum ante litem contestatam, sed & antequam ullæ aliæ dilatoriæ opponantur, proferendas censent. Quia, quacunque alia prius obiecta, videtur peti Iudex ut de iure eiusdem cognoscat. Proinde eo ipso in Iudicem consensit reus, eiusque vel iurisdictionem prorogavit, Damhuder. *praxi civ. Cap.* 120. *n.* 4. si incompetens, vel personam approbavit, si eierari potuit. Maranta *d. memb.* 9 *n.* 9. Sich. *ad L.* 13. *C. de Procur. n.* 10. Sigis. Scaccia *Lib* 1. *de Iudic. causs. civ. &c. Cap.* 101. *n.* 8. *& seqq.* Menoch. *Pract. p.* 5. §. 6 *C.* 3. *n.* 6. Wesenb. *in Complem. ad* Sneidvin. *Inst. h. t. n* 9. Mynsf. 4. *Obs.* 27. *&* 59. Speckhan. *cent.* 2. *Cl.* 4 *Q.* 3. *n.* 2. ubi nec post recusationem oppositam exceptionem incompetentiæ audiri vult, eo quod ipsa recusatione agnoverit Iudicem suum esse & competentem. Confer. *supra Lib.* 17. *Cap.* 10. *n* 6. *ac Cap.* 25. *n.* 8. Utut sit, iudicio accepto exceptionibus dilatoriis iudicii generaliter renunciatum videtur. Ut nec deinde in appellatione admittantur, *L.* 13. *C. de Procur. Cap. cum caussam* 62 *de appell.* Zang. *de Excep. P.* 2. *Cap. ult. n* 4 & 5. Iac. Schult. *Obs forensi* 9. *n.* 7. Asin. *Praxi* §. 13. *Cap* 2 *amp.* 1. aliquot modis restringens, de quo suo loco. Et si post eas obiectas Iudex litem contestari iubeat, eo ipso reiicere videtur, ut not. DD. ad *L.* 4. *C. de collat.* Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. *n.* 6. Et quod reiecta intelligatur, cum Iudex ad ulteriora processit, nec adiecta clausula salvo exceptionis iure; quodque qui exceptionem talem initio opposuit, si postea litem contestatus sine protestatione, eandem amiserit, tradit idem Faber *d. t. defin.* 29. quodque ei renunciasse censeatur, si litigare perrexerit, Scaccia *d. C.* 101. *n.* 19. Et quando Iudex ulterius procedendo de hac exceptione pronunciare eamve reiicere censeatur vid. Cacheran. *Decis.* 142. *n.* 39. Menoch. 2. *Præsumpt.* 64. Ant. Gabr. *Rom Comm. Concl. Lib.* 2. *tit. de Except. Concl.* 1. Vant. *de Nullit tit. ult. n.* 9. Asin. *Praxi* §. 18. *Cap.* 6 Ac in specie de declinatoria Iudicis, quod procedendo is tacite se competentem pronunciet, itaque necessaria sit reo appellatio, ni subire iurisdictionem eius velit ex communi statuit Scaccia *d. Cap.* 101. *n.* 17. *&* 18. & probat Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in causs. civil.* v. *Exceptio n.* 5. Quas autem dilatorias Princeps reiicere possit iisque remotis caussam committere, vid. Pinell. *ad Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *Cap* 2. *n.* 23. Zang. *d. Cap. ult. n* 18. *& seq.* Et quæ a Iudice arbitrium habente insuper haberi queant, Menoch. *Arb. Q.* 51. Plane in caussis summarii processus, libellum non requirentibus, in primo termino vel actu iudiciario opponendæ sunt Coler. *de process P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 66. Sed & in ordinariis Iudex terminum opponendis his exceptionibus reo statuere potest, quo lapso non audiendus. *Cap. pastoralis* 4. *extr. h. t.* Wesenb. *complem. ad Sneidvin. Inst. h t. n.* 9. Zang. *P.* 2. *C. ult n.* 21 *& seq.* (statuens hunc terminum peremptorium esse, licet non exprimatur per *Cap. consulnis* 24. *de off. ind. deleg* (vid. tamen Io. Pela. *Process. tit.* 35. *n.* 8. *& seq.* Iac. Schult *Obs forensi* 8. *n.* 3. tametsi non defuerint qui id Ecclesiastico Iudici non autem sæculari licere voluerunt, ref. Moller. *ad Nov. Sax* 3. *P.* 1. *n.* 10. Quem assignari tutius est, si non statuto loci certus terminus præfixus, vid. Menoch. *C.* 240. *n.* 9. *& seqq* Sicuti apud nos ex *Nov. Elect Augusti* 3. *P.* 1. omnes exceptiones declinatoriæ, vel dilatoriæ, & quæcunque litem contestatam præcedunt, in primo termino una proponendæ, iisque subiungenda conditionalis litis contestatio in eventum, si contra exceptiones pronunciabitur. Quæ tamen, si declinatoria valde dubia (id est, ancipitis vel iuris vel probationis, Moller. *ibid n.* 4.) omitti potest. Quod si eo termino non oppositæ, Iudicis arbitrio relinquit Moller. *ibid. n.* 8. num sequenti termino, refusis tamen actori expensis, admittere reum velit, an iis reiectis, litis contestationem mandare Atqui prius illud non licere ipsa constitutio arguit. Qui enim inducetur Iudicis arbitrium contra legem expressam. Immo si termino a Iudice præfixo lapso reus non audiendus *d. C.* 4. *extr. h. t.* & ibi DD. *com.* Zang. *d. Cap. ult. n.* 21. minus si a lege cum & alias ad tempus concessum, post id prohiberi plurimis exemplis constet. Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. revertatur. n.* 332. Quomodo & vulgo fortior exclusio termini legalis, contra quam nulla reparatio detur, post alios Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 48. Et ita sæpe obtinuisse refert Iacob. Schult. *Obs. forensi* 11. alio modo firmans, quem post hæc scripta legi. Quid quod idem *Obs.* 12. termino hoc legali excludi eas quoque exceptiones quas obiiciens tunc nescivit sibi competere contendit. Quod durum tamen perquam & inhumanum videtur. Sic & ex *Ord. Cam. parte* 3. *t.* 24. mox post oblatum libellum omnes exceptiones exhibendæ, vid. Mynsing. 5. *Obs.* 90. *& not. Cap præced N.* 7. Itaque expedit, cum magnam alias vim esse harum exceptionum ad litem protelandam usu

cœptum est, ideſt, lis conteſtata, amplius reus his uti non poteſt, & propter iudicium cœptum defugere: generalis hæc definitio eſt tradita in *L. pen. L. ult. C. de exc.* Exempli gratia: agit miles alieno nomine, qui idoneus procurator non eſt. Si cum agere inſtituit, obiicitur ei præſcriptio militiæ, iure ſummovetur procuratoria exceptione. Sin cum primum litem conteſtaretur, ei præſcriptio oppoſita non eſt: iure actionem intentavit, nec ei poſtea eadem exceptio obiici poteſt, non dico in eodem iudicio, ſed ne ſic quidem, ſi appellatum ſit, & de ea appellatione agitur. *L. ita, C. de proc.* Eſt & ad idoneum procuratorem removendum procuratoria exceptio, ſi non ſatiſdet dominum ratum habiturum, quibus in cauſſis eum ſatiſdare oportet. Quando igitur hæc ſatiſdatio per exceptionem exigenda eſt? De eo ſic Ulpianus, *ratihabitionis*, inquit, *ſatiſdatio ante litis conteſtationem a procuratore exigitur: cæterum ſemel lite conteſtata non compelletur ad cautionem.* L. Pomponius, *§. ult. D. de proc.* Idem tradi-

tum de præſcriptione fori in *L. ſed etſi ſuſcepit*, in pr. *D. de iud.* Nec ſolum has exceptiones initio opponi; ſed etiam ſi oppoſitæ ſint, initio & [26] ante litem conteſtatam diſceptari ac decidi oportet: ut qui eas opponit, ſtatim quoque eas probare debeat, ſi de his ſit controverſia, nec exſpectare, dum actor prius intentionem ſuam probet, ut poſtea reus ad probationem omiſſæ interim dilatoriæ exceptionis veniat. Alioqui quomodo dicatur exceptio iudicii dilatoria, ſi actor hac obiecta nihilominus intentionem ſuam in iudicium non ſolum deducere, ſed etiam ultro probare cogitur? ſic enim profecto iudicium non differtur, ſed maxime conſtituitur. Atenim ita ſcriptum eſt in *L. exceptionem*, C. de prob. *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio: probari vero poſtquam actor monſtraverit, quod adſeverat, oportet.* Sed mendoſe omnino: nec dubium eſt, quin pro *exceptionem dilatoriam* legendum ſit *exceptionem peremptoriam*, ut pluribus diſſerui ad *L.* [27] *præſcriptionem, C. de exc.* Sed hoc, inquam

uſu peſſimo compertum ſit, ut ait Menoch. *d. Cap.* 240. *n.* 1. add. Moll. *ad d. N.* 3. n. 8. *&* 9. Ventura de Valentiis *Parthenii Litigioſi Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 9 *&* 10. Etſi autem ubi diverſis temporibus opponuntur certo ordine & gradatim, ut dicunt, opponendæ, nempe primo omnium declinatoria Iudicis non ſui, poſtea recuſatio ſuſpecti, demum aliæ, ex gr. Procuratoriæ, ut ſupra, ubi tamen ſimul proponuntur, ordo præpoſterus & inverſus non vitiat libellum &c. poſt Bart. Sich. ad *L.* 19. *C. de prob. n.* 10. & Speckan. *Cent.* 2. *Claſſ.* 4. *Q.* 3. *n.* 5. Ubi tamen monet conſultius eſſe cavillationibus amputandis, ut & tunc ordo iuris ſervetur. Cuiuſmodi formulam ex Mauſero inſerit ibidem. Ex. gr. Nego me cognitionem tuam, iudex, pati debere: Et ſi deberem, ſuſpectus tamen fores, quia actori cognatus. Quod ſi nec fores ſuſpectus, libello tamen vago varioque reſpondere non tenerer. Et ut is eſſet conſtans, non tamen tenerer, ideo quia Procuratori huic eſſe non licet, cum ſit miles. Et ut liceret, mandatum tamen ipſi non eſt &c.

26) Vera hæc tum ſententia, quoad dilatorias proceſſus quæ ex perſonis deſcendunt, quibus iudicium conſtat, quas certas initio litis conſtitui oportet. Eaſque neceſſe eſt ante iudicium aut in exordio iudicii opponi, excuti, diſceptari, quia iam conſtituto iudicio præpoſtere agitur de eo conſtituendo *d. L. pen. C. h. t.* Cic. *in Partit.* Cuiac. 9. *Ob.* 23. & 18. *Obſ.* 24. Vult. *ad h. t. Inſt. n.* 23. Hering. *de fideiuſſ. Cap.* 28 *n.* 8. *&* 9. Non autem quoad dilatorias quæ ex cauſſa proficiſcuntur, veluti pacti temporarii, ait Cuiacius *d. C.* 23. in quibus non de perſonis iudicii, ſed de facto & iure quæritur. Vult. *d. n.* 23. cum & ipſæ merita cauſſæ reſpiciant. Weſ. *ſupplem. ad* Sneidvin. *Inſt. h. t. n.* 9. Quas dilatorias ſolutionis ut *h. Cap. N.* 2. item intentionis, ipſius cauſſæ & rei petitæ DD. nuncupant, atque de his *L.* 19. *C. de probat.* exponunt, ut *N. ſeq.*

27) Ubi *n.* 9. Donellus reprobat vulgarem acceptionem *d. Legis* 19. de dilatoria ſolutionis. Namque, ait, (1) & hæc iudicium differt. Non autem differtur quod ſuſceptum & conſtitutum eſt (2) Si dies ſtipulationi adiectus dicatur, & actor inſtrumento prolato non adiectum probet, utique eodem tempore exceptio opponitur & diſceptatur. (3) Si is pactus, ne ante annum peteret, & reus confeſſus de intentione actoris exceptionem opponat, utique ſtatim probare debet, *per L.* 9. *C. h. tit.* Et ſequitur, atque hanc correctionem probat Zang. *de Exc. P.* 3. *C. ult. n.* 43. ac Monach. *Pract. P.* 5. *§.* 6. *Cap.* 4. *n.* 4. Sed recte DD. vulgo (dum diſtinguunt ut *N. praeced.*) de dilatoriis rei, aut cauſæ *d. L.* 19. exaudiunt Azo *in Summa C. h. t. n.* 6. Sich. *ad d. L.* 19. *n.* 5. Cuiac. 9. *Obſ.* 23. Vult. *ad h. t. Inſt. n.* 23. *&* *ſeq.* Weſenb. *ad* Sneidvin. *Inſt. h. t. n.* 9. Et ipſe quoque noſter *infra Lib.* 24 *C.* 2. ita accipit ut & ad *d. L.* 19. *n.* 16. belle comprobans Nam etſi *d. L.* 19. indefinite loquatur: Tamen uti eiuſdem illa verba *probari oportet*, hanc conditionem habent, ſi modo res probationem exigat ac dubia ſit; Non enim ſi ex. g. ita opponat; Fœmina es, ideo procuratrix eſſe non potes, quidquam probandum. Ita & iſtis verbis *poſtquam actor monſtraverit quod aſſeverat*, ineſt conditio: ſi intentio eius probatione egeat eaque deſideretur. In declinatoriis autem nec intentio, quæ per negationem dubia reddita non eſt, requirit, nec reus exigit probationem, ſed iudicium a ſe totum reiicit. Aſt ubi ante diem pacti præmature peti reus obiicit, actori intentio quod ſibi debeatur prius implenda, etſi ſimpliciter exceperit, nec præmiſerit negationem ita: Nego me debere, & ſi deberem pactus es mecum ne ante annum peteres.) Neque enim tunc excipiendo fatetur intentionem, (& quod exceptione tali non agnoſcatur debitum, firmat Sich. *ad d. L.* 19. *n.* 8.) cum verum pariter eſſe poſſit, quod nec debeatur, & tamen pactum ſit cum iniuria peteretur. Ita noſter *d. n.* 16. Ubi *n.* 17. hoc rurſum declarandum, niſi reus de intentione actoris fateatur. Et recte. Nam cum nec tunc probatio ab actore requiratur, eo nec verba nec mens *d. L.* 19. pertinent. Quare eoque caſu dilatoria ſolutionis ante litem conteſtatam diſceptanda. Aut ſi penitius rem ſcrutamur & exactius loqui volumus, eo caſu efficitur ne lis conteſtari aut iudicium accipi poſtea poſſit, ſive probaverit exceptionem reus, ut manifeſtum eſt, ſive non probaverit, quia in confeſſum nullæ partes iudicis. Aſt negata, aut ſaltem non conceſſa, intentione actoris, etſi exceptio pacti temporarii opponatur, tamen cum iudicium in perſonis, quæ id conſtituunt, conſiſtat, Vult, *ſupra d. lo.* merito actori prior probatio iniungitur, proinde & iudicium antea accipiendum Non obſtat prior Donelli obiectio quod hac ratione exceptio non ſit dilatoria. Nam Reſ. dilatio iudicii propria eſt priori generi. Neque ab ea omni dilatoriæ nomen; alias illæ quæ *ſupra C. N* 20. non eſſent dilatoriæ, ſed quod ad tempus noceant, *d. §.* 10. *I. h. tit.* Et hæ ſane actionem differre dicuntur ibid quia effectum eiuſdem inhibent, nimirum exactionem. Ac quæ actionis tempus excludunt & ita pro parte, idem merito in illis qui in peremptoriis probationis ordo arg *L.* 66. *de R. V.* iunct *§.* 33. *verſ. qua ratione Inſt. de act.* Sic nec (2) ratio Donelli obſtat, quia *d. L.* 19. loquitur de probatione rei non quando actor fiducia iuris ſui ipſe eam recipit. Ad (3) Reſp. patet ex modo dictis. Enimvero quod DD. ante citati has Intentionis dilatorias poſt litem conteſtatam opponi poſſe ſecure docent, id ipſique *d. L.* 19. adverſum ver-

inquam, de prioribus generibus duobus exceptionum dilatoriarum ita ius est.

IX. Tertium genus earum, quæ sunt adversus solidi petitionem, quatenus reus facere non potest, longe dissimili in caussa habetur. Non enim solum huius generis exceptiones initio prætermissæ opponi possunt paulo post [28] contestationem litis, sed etiam quandoque ante rem iudicatam, ut etiam hoc ipsum tempus rei iudicatæ spectandum sit, quatenus reus possit facere. *L. rei iudicatæ, D. sol. mat.*

X. Quinimo etsi iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit in solidum eum, qui damnari debebat in id quod facere potest, nec condemnatus appellaverit; placet nihilominus eum in exsecutione iudicati eadem exceptione in factum, aut doli mali uti posse, & vitare solidi exactionem. *L. ex diverso, §. ult. D. solut. matr.* Cur hoc potissimum receptum in hac exceptione, quam nihilominus quam cæteras dilatoriam esse constabat? factum id est [29] interpretatione veterum, suggerentibus hanc interpretationem verbis eius iuris, quo hoc beneficium superioribus personis tributum est. Sic enim verba sunt, ne hæ personæ condemnentur, conveniaturve, nisi in id quod facere possunt, ut indicatur in *d. §. pen. Inst. de act. d. L. sunt qui, D. de re iud.* Quorum verborum prius referri apparet ad tempus condemnationis; posterius, quod magis in hac re usurpatum fuisse videtur (certe hoc solo utitur Paulus in *d. L. sunt qui,*) hoc, inquam, posterius aperte ad omnem conventionem pertinet: proinde & ad iudicati exsecutionem, in qua reus iudicati actione convenitur. Potest quidem verbum generale accipi de usitata conventione, qua res ab initio in iudicium vocatur. Sed quod in alia re Ulpianus scribit, hic quoque locum habet; in re dubia melius est verbis edicti servire. *L. 1. §. licet*, illic, *in re igitur, D. de exer.* Sed in hoc beneficio præcipue, quod in eos collatum est, quibus maxime benigne fieri oportet: *semper* autem *in dubiis benigniora præferenda sunt.* L. semper in dubiis, *D. de reg. iur.*

CAP.

verbis: *initio opponi oportet*. Quare sic habendum quod exceptiones hæ initio litis obiectæ intentione actoris impleta denuo opponi, id est, repeti ad probationem possint. (eodem modo quo ex Donelli sententia peremptoriæ, ante sententiam opponi dicuntur, ut *Cap. praeced. n. 5.*) Non autem ut ante litem contestatam penitus omissæ, etiam postea audiantur, tametsi DD. communiter contra sentiant: vid. Asin. *praxi §. 13. limit.* 13. Sigis. Scaccia *Lib. 1. de iudic. causs. civ. & C. Cap.* 101. *n.* 61. Wesenb. *supra d. n.* 9. Zang. *P.* 2. *Cap. ult. n.* 13. Sich. *ad L.* 19. *C. de prob. n.* 5. Qui hoc interesse docet, nam ante litem contestatam propositæ, ubi conduplicentur induciæ, nec post diem lapsum audiatur actor, nisi refusis litis prioris expensis. An post, ubi neutrum horum, sed solum absolutio ab observatione iudicii. Ast Scaccia *d. n.* 61 & Maranta *P. 6. memb. 9. n.* 6 ante oppositas efficere ut reus ab instantia, post litem contestatam, ut definitive absolvatur, & inducias æque hic conduplicari. Quod vix admittendum. Sed etsi talis exceptio ipsi obligationi insit; iudicem ea quoque non obiecta, condemnare reum non posse, nisi ita, ex. gr. ut solvat nundinis proximis. Si vero non insit, opponi eam necesse tradit Scaccia *ibid.* Add. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 17. ubi *n.* 3. exceptionem quæ cum actione nascitur, suppleri per iudicem posse scribit.

28) Vulgo DD. plures casus recepti quibus etiam dilatoriis processus ac iudicii declinatoriis (nam de solutionis dilatoriis *N. praeced.*) lite contestata locum dant. Quos fuse persequitur Ioan. Bapt. Asin. *Praxi §.* 13. *C.* 2. Præcipui hi. (1) Si post eam originem sumpsit *C.* 25. *de off. deleg. L.* 2. *C. de consort lit.* Coras. ad *L.* 12. *§* 1. *de acq. poss. p.* 3. *n.* 35. Sich. ad *L.* 13. *C. de Procur. n.* 5. Vult. ad *L.* 4. *C. de iurisd. n.* 15. Zang. *P.* 2. *C. ult. n.* 7. Maranta *P.* 6. *memb.* 9 *n.* 9. Asin. *d. C.* 2. *Limit.* 1. *regula* add. *supra Lib.* 17. *C.* 25. *n.* 8. ex facto adversarii, non opponentis, Maranta *d. n.* 9 ubi tamen statim opponenda, antequam vel unus actus circa merita caussæ fiat, Asin. *ibid sublimit.* 4. Quanquam non impediat processum ad ulteriora, nisi probatio liquida, Sich. *ad auth. si testis C. de testibus n.* 3. Fallit hæc limitatio in privilegio fori superveniente vid. *supra Lib.* 17. *C.* 18. *n.* 3. *N.* 2. Item ubi quid negligentiæ, vel culpæ rei imputari potest, vid. Asin. *d. loc.* Denique si post conclusionem caussæ nata, Covar. *Pract. QQ. C.* 26. *n.* 2. Asin. *d. Limit.* 1. *sublimit.* 5 qui hoc ipsum in seqq. restringit. (2) Si post eius notitiam habere cœpit reus *C.* 4 *extr. h. t.* Covar. *d. C.* 26. *n.* 2. ita usu servari referens, si & iusta facti sit ignorantia, culpæ exsors. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 14. & ante conclusionem caussæ opponatur. Covar. *d. n.* 2. *vers. vel.* Vigel. *Meth. iur. contr. Lib.* 2. *C.* 7. *reg.* 22. *exc.* 4. *replic.* 2. Dissentire videtur Sich. ad *L.* 19. *C. de prob. n.* 9. Iurare autem hic oportet quod exceptio antea cognita non fuerit vid. citati a Iac. Schult. *Obs. forensi* 7. *n.* 5. Iunge *h. C. N.* 25. *v. Quid quod idem*. (3) Si habeat caussam continuam, vel, ut vulgo, tractum ac gravamen successivum & durans: veluti exceptio loci, non tuti vel suspecti. Sich. ad *d. L.* 13 *n.* 6. Myns. 2. *Obs.* 73. Gail. 1. *Obs.* 52. *n.* 3. Vult. *d. n.* 15. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 4 Zang. *P.* 2. *C. ult. n.* 10. P. Premus *de Securit. premiss. P.* 14. *Ioann. de Citatione realè Lib.* 2 *C.* 5 *n.* 4 Iac Schult. *Obs forensi* 8. *n* 8. (4) Si per iudicem stetit ne ante proponeretur. Vult. *d. n.* 15. Asin. *d C.* 2. *limit* 3 vel si is eam reiecit, ut post litem contestatam probaretur. Asin. *d. C.* 2. *lim.* 5. (5) Si pacto vel conventione declinatoria coarctata vel alterata, vid. Guid. Papæ *Decis.* 175 *n.* 5. & ibi P. Muth. Myns. 4. *Obs.* 21 (6) Si omissa a minore, muliere, rustico, qui in integrum restituuntur, ita Sich. ad *d. L.* 13. *n.* 8. Diss. Zang *d. C. ult. n.* 6. Distinguit Asin *d. C.* 2. *limit.* 7. Confer *supra Cap.* 8. *N.* 10. Denique si talis sit, cui etiam post iudicatum locus Quales illæ, de quibus *supra C. praeced. N* 10. *& hic N. seq.* Item Exceptio excommunicationis. Asin. *d. C.* 2. *limit.* 2 fuse & quæcunque iudicium vero nullum reddunt. Asin. *limit.* 8. Veluti exceptio falsi Procuratoris, vid. *supra Lib* 18. *Cap* 12. *N.* 6. add. A. Fab. *C. suo l. t. defin.* 40. Bronch. 4. *Ass* 29. Iac. Schult. *Obs. forensi* 7. *n.* 3. libelli plane inepti, Vigel. *d. reg.* 22. *except.* 11. Noah. Meurer. *Processu Cameræ parte* 9 *fol.* 195. Sich. *ad L.* 19. *C. de prob n.* 9. iudicis plane incompetentis, Asin. *d loc.* Sed hæ non proprie & veræ exceptiones, vid. not. *infra Lib.* 24. *Cap.* 2. Quidam huc Excussionis quoque exceptionem referunt, tanquam ei quandocunque ante conclusionem caussæ locus sit, Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 3. Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. causs civ. C.* 101. *n.* 60. Rosbach. *Process. tit.* 43. *n.* 7. *&* citati ab Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q. Pract.* 38. *n.* 2. ac a Iac. Schult. *Obs. forensi* 9. *n.* 21. inde comprobante, quod hæc exceptio non dilatoria processus sed caussæ. Contra post plurimos citatos Moller *ad Nov. Sax.* 3. *P.* 1. *n.* 7. Confer. *C. praeced. N.* 10. *non longe a fine & supra h. C. N.* 27. Vers. *Enimvero quod* DD.

29) Alia ratio quia non impugnat sententiam, sed vires iudicati moderatur. Maranta *p.* 6. *membr.* 9 *n.* 18. Asin. *praxi §.* 13. *Cap* 5. n. 1. Valla *de reb. dub. Tr.* 16. *n.* 2. Trentac. 2. *Pract. Resol. tit. de Except. Resol.* 1 *n.* 9. Zang. *P.* 3. *Cap. ult. n.* 99. De qua pluribus *infra Lib.* 27. *Cap.* 9.

CAP. IX.

De replicationibus, duplicationibus, triplicationibus, quadruplicationibus.

Actiones ita excludi per exceptiones, nisi & hae replicationibus excludantur. I.
Replicationem excludi duplicatione; & hanc triplicatione, & deinceps: res illustratur exemplo. II.
Exceptionibus duplicationes, aliasque id genus defensiones coniungi apta methodo. III.
Replicationes &c. nasci ex iisdem caussis, quibus exceptiones, ideoque iisdem, & adversus eosdem competere. IV.
Doli replicatio adversus exceptionem iurisiurandi non datur. V.
Item nec adversus exceptionem doli mali specialem. VI. VII.
Secus adversus generalem. VIII.

I. QUæ de vi & potestate exceptionum hactenus dicta sunt, exceptionem scilicet esse actionis exclusionem: exceptiones defendendorum reorum caussa comparatas esse; has recte & suo tempore oppositas actionem excludere: regulam habent de hoc genere; sed quæ ut aliæ fere omnes, suam habeat exceptionem: de qua propterea hic cognoscendi locus est. Sic ergo ea vis est exceptionum præsertim peremptoriarum, ut tueantur reum, & actionem excludant, nisi exceptio quæ prima facie iusta videtur, re inique noceat: quod fit interdum. Id vero cum accidit, non ideo tollitur ipso iure exceptio, quæ in facti allegatione posita est: sed quia nocere eam non oportet, fit, quod reliquum erat, ut constituatur actori mutua defensio & exceptio, quæ rei exceptionem excludat: quæ defensio in persona actoris dicitur nostris replicatio: ut sit replicatio exceptio actori prodita [1] contraria exceptioni, ad hanc ipsam exceptionem excludendam comparata: sic dicta [2] replicatio, quia per eam replicatur, id est resolvitur ius exceptionis: hæc prope ad hanc sententiam Institutionibus de replicationibus in principio.

II. Sed ne hoc quidem in replicatione perpetuum. Excludit hæc exceptionem: sed & hoc ita, nisi ipsa quæ prima facie iusta est, iniuque noceat. Quod cum accidit, ne sic quidem replicatio ipso iure tollitur: sed huius excludendæ caussa nova exceptio constituitur reo, quæ dicitur duplicatio. *§. rursus, Inst. de repl.* nomen ex numero & ordine exceptionis opponendæ. Nam qui prius exceptionem opposuerat, si hac per replicationem exclusa novam exceptionem adfert adversus replicationem, recte dicitur duplicare, quia exceptione bis utendo hanc [3] conduplicat. Sed & ipsa hæc duplicatio eadem conditione replicationem excludit, nisi ea propter aliquam caussam actori inique noceat. Quod & ipsum cum nonnunquam accidat, ne hæc quidem duplicatio perimitur ipso iure; sed nova defensione actori prodita excluditur: quæ ex ordine dicitur triplicatio. *d. §. rursus, Inst. de repl.* ut sit triplicatio exceptio secunda prodita actori ad excludendam duplicationem a reo oppositam. Recte triplicatio dicta ob ordine harum defensionum opponendarum ea quæ duplicationem sequitur: nam quod duplum proxime sequatur, non aliud est, quam triplum. Quod

1) Contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio *L.* 22. §. 1. *de exc.* Gr. Ἀντιπαραγραφή, Cuiac. *Par. D. eod* & Wesenb. *n.* 3. Exceptio ex parte actoris *L.* 2. §. 1. *h. t.* Donell. *ad L.* 3. *C. h. tit. n.* 1. Hot. & Hortens. *ad h. t. Inst.* P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 2. Damhuder. *praxi. civ. C.* 142. Asin. *praxi* § 16. *C.* 1. *n.* 2. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 16. *n.* 3 Hart Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. *n.* 39. Et ita exceptio significat replicationem, in *L.* 7. §. 11. *de pact. L.* 4. §. 4. *de doli exc.* ut Cuiac. *ad d.* §. 11. & Zas. *ad d.* §. 4. Contra distinguitur tamen ab exceptione *L.* 10. *C. de excep.* Unde nomine exceptionis eam largo significatu venire, non item stricto, Monach. *Pract. iudic. p.* 5 §. 6. *C.* 1. Rhetoribus Firmamentum, uti illis Ratio quæ Iurisconsultis Exceptio Sic Cic. *in Partit.* Firmamentum definit, quod ad labefactandam Rationem refertur: Qui & alibi 2. *de Invent. passim.* Infirmationem vocat Mercer. 2. *Opi.* 10.

2) Mynf. *ad rubr. Inst. h. t. n.* 2. Asin. §. 16. *n.* 2. Sic enim Plin. *Lib.* 8. *C.* 27. replicare pro invertere, resolvere usurpat. Sed & alia significatio, quæ rursum dicere, iterum explicare, denotat, hic convenit, Wesenb. *supplem ad* Sneidvin. *h. t. Inst. n.* 1. Sic Cic. pro Sylla replicare memoriam temporum. Sidon. *Lib.* 1. *Epist.* 5. campos præliorum replicatione memorabiles dicit. Minus opposite Hot. *ad pr. Inst. h. t.* & Bargal. *Lib* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 1 quod implicatam & quasi tectam iniquitatem exceptionis replicet & patefaciat.

3) Ita Hot. *ad pr. Inst. h. t.* Vel potius quod secundo post actionem loco proponitur iudicio. Ita enim certe quadruplicatio non est quarta defensio rei, sed tertia. Replicationum vero olim formula propria AUT SI. Hot. *in* §. 1. *Inst. h. t.* P. Fab. *ad L.* 154. *de R. I.* Briss. *Lib.* 5. *Formul. p.* 406. Et quia adstruendæ actionis gratia adiectæ, affirmate concipi, aut ita explicari debebant, ut in affirmativas resolverentur, ut Petr. Fab. *ibid. per d. L.* 154. *L.* 48. *de Procur. L. ult.* §. 2. *ad SC. Velle. L.* 7. §. 1. & 2. *C. de Cur. furiosi* Duplicationis quoque ad exceptionis, Triplicationes ad Replicationis modum concipi & enunciari solitæ. P. Fab. *d. loc.*

si & hæc ipsa triplicatio iniqua videbitur, nascetur hic quoque tertia exceptio reo ad hanc triplicationem actoris excludendam; quæ eiusdem ordinis habita ratione dicitur quadruplicatio; ut tum sit harum defensionum contrariarum finis, cum postremæ nihil iuste [4] obiicitur, *L. 2. §. illud, D. de exc.* Sint autem hæc genera in hoc [5] exemplo nobis exposita. Debitor qui mutua decem debere dicebatur, cum creditore pactus est, ne a se peterentur. Cum postea quereretur creditor nullam fuisse caussam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio inter ipsos interponeretur, qua placeret rursum ei petere licere: sed ita, ut pactum hoc posterius diceretur dolo malo eius expressum, aut extortum metu. Verum cum de hoc dolo aut metu postea inter eosdem illos controversia incidisset, negaretque actor quidquam hic a se dolo aut vi factum, tandem is deferente reo iuravit nihil se dolo aut metu in ea re fecisse. Sed & de hoc iureiurando postea inter eosdem controversia incidit: quod cum negaret reus a se delatum, tandem & actori visum est rem iureiurando rei committere: quo delato iuravit reus nunquam se actori iusiurandum prius detulisse. Licet in hac caussa, si res in iudicium veniat superiores omnes species defensionum ex iustis caussis constitutas agnoscere, hoc modo: Actor decem mutua petit. Reus exceptione pacti conventi se tuetur, ut dicat; recte peteres, nisi inter me & te convenisset, ne a me peteretur: habes exceptionem primam a reo actioni oppositam. Hic referet actor ex adverso; recte hac exceptione captionem uterereris, nisi inter nos postea convenisset, ut mihi petere liceret: quod cum convenerit, nempe posterius pactum potius servandum est. Habes posterioris pacti replicationem qua prioris exceptio eliditur. Regeret hic contra reus; ista replicatione tibi uti liceuit; at ita, nisi dolo malo tuo inductus, aut vi coactus essem, ut ita pacriscerer; quod cum factum sit, tibi hoc pactum prodesse, aut mihi nocere non potest. Agnoscis duplicationem doli mali aut metus caussa adversus actoris replicationem. Quid hic actor? opponet nimirum huic defensioni iusiurandum postea secutum, ac dicet: ista duplicatione uti in hac re non potes: quoniam cum de hoc dolo aut metu incidisset quandoque inter nos controversia, meministi me te deferente iurasse nihil a me dolo aut metu factum esse. Hæc iam ab actore triplicatio est, quæ nisi aliud obiicitur, duplicationem rei superiorem excludet. At etiam huic triplicationi occurret ad extremum reus, ac dicet huic iureiurando stari non debere, se enim postea deferente actore iurasse prius illud iusiurandum a se delatum non fuisse. In quo iam licet agnoscere quadruplicationem, de qua diximus, & in qua defensio consistet, si nihil est, quod adversus eam dicatur amplius.

III. Quæ cum ita sint, quam recte vel potius quam necessario de his defensionibus coniunctim cum exceptionibus dicatur, apparet. Nam primum in his defensionibus continetur sive exceptio, sive interpretatio eius regulæ, quæ in exceptionibus de vi & potestate earum tradita est. Semper autem exceptionem & interpretationem regulæ cum ipsa regula coniunctam esse oportet, ut intelligatur, quam vera sit, & quam longe pateat, aut non pateat regula. Tum autem hæ defensiones omnes, replicatio, duplicatio, & sequentes nihil aliud sunt, quam [6] species exceptionum, ut plane suo generi subiici de-

4) §. 3. *I. h. t.* Quod Hot. *ad h. t. Inst. Ennuc.* 7. locum habere vult quoties allegationes facti sunt. Aliud esse si in iure consistant. Plane Ordinatione Cameræ in dilatoriis duplicatione, in peremptoriis triplicatione ulterior defensio non auditur, parte 3. *Tit.* 26. §. *Uvo aber, & Tit.* 29. *in f.* Reinhart. *inter diff. iuris civ. & Sax.* Zobel. 19. *P.* 1. *n.* 14. Monach. *Pra.t. p.* 5. §. 3. *n.* 4. Coler. *ad rub. extr. de exc n.* 6. (qui hoc tamen non præcise servari testatur.) Cui fere accedit *Nov. Elect. Sax. C.* 1. *C.* 9. *& C.* 18. vigore cuius ante litem contestatam tribus post eam duabus alternis vicibus allegationes suas litigantes proponere debent. Sed longe alia hodie quam vel veteri vel Iustinianeo iure Romano observatio ordoque iudicii. Nec si negociorum ea esset qualitas, ut quintuplicatio vel sextuplicatio locum haberet, ideo minus proponi posset. Nihilque crebrius est usu fori quam universas defensiones rei in ipsa prima Responsione, quæ Exceptio usorpatur, opponi, atque in Replicis, Duplicis, Triplicisque quæ dicuntur, priora repeti, novis rationibus firmari, confirmationes confutationesque adversæ partis elidi ac everti &c. Quin imo nunquam postrema vice ac in conclusione *im Schlussatz*, sive ea triplica sit sive quadruplica, quidquam novi antea non deductum proferri debet, ac si proferatur ad iudici insuper habendum. Moll. *ad d. Nov. Sax.* 18. *n.* 4. Unde liquet plane diversas esse triplicas illas nostri fori & conclusiones, a triplicationibus & postremis, sive rei defensionibus, sive actoris oppositis allegationibus, de quibus hic in quibus semper novi quid proponi necesse est, quod priorem allegationem, ne inique noceat, repellat. Etsi Dd. nostri hæc passim confundant. Quos & sequuntur Treutler. *disp.* 26. *Th. ult. in f. vol.* 2. illico Ummius *disp.* 8. *n.* 73.

5) Apposite. Simile exemplum ex speculatore adducit Afin *Praxi* §. 16. *C.* 2. *n.* 4. Aliter Coler. *ad rub. extr. de Exc. n.* 4.

6) Vid *supra h. C. N.* 5. *& infra N.* 8. Sicuti autem actio necesse est exceptionem præcedit, ita & replicationem non prius competere, quam exceptione obiecta, notat Afin. §. 16. *C.* 6. Nec probandam prius quam probata fuerit exceptio rei, ibid. *C.* 8. ubi *n.* 3. posse tamen, si velit actor, eam ante probari. Enimvero usu fori hodierno hæc fere aliter observantur. Plerumque enim articulis probatoriis, quicquid ad iuvandam intentionem suam facit, actor complectitur. Parique modo reus in reprobatoriis articulis utitur. Nec publicatis ex parte rei attestationibus ad aliam probationem novæ allegationis, in facto consistentis, & antea non propositæ, actoris aditus panditur.

ei debuerint. *L.* 2. §. 1. *D. de exc.* Personis tantum & ordine distant inter se, ac primum quidem ab iis, quæ proprie dicuntur exceptiones; quam ob caussam etiam ut a prioribus illis discerni possent, propriis nominibus notatæ sunt. Cæterum, ut dixi, ne hæ quidem, etsi aliis nominibus specialiter appellatæ, quidquam aliud sunt, quam exceptiones. Nec quem moverit definitio exceptionis, qua ita definitur, ut sit actionis exclusio. *L.* 2. in pr. *D. de exc.* Nam & defensiones hæ vi ipsa huius generis sunt [7] exclusiones. Replicatio excludit exceptionem. At hæc ipsa exceptio in reo actio est: si quidem agere is videtur, qui exceptione utitur, & reus in exceptione actor est. *L.* 1. *D. de except. L. in exceptionibus, D. de prob.* Et quod dicitur exceptio, sit ex comparatione eius quod præcedit, cum scilicet refertur ad actionem, cui opponitur. Quod si mutato ordine, conferatur cum replicatione, quæ sequitur, incipit ipsa quæ repellitur, actionis vim obtinere, replicatio quæ repellit, exceptionis. Idemque licet in cæteris sequentibus defensionibus intelligere, ut cui præcedenti sequentes opponuntur, ea sit quædam velut actio; ipsæ quæ opponuntur, exceptiones sint eius intentionis & velut actionis excludendæ caussa.

IV. Quæritur iam, quando hæ defensiones posteriores, quibus, & adversus quos competant; nam quod ad earum usum attinet, cum exceptiones sint, quis sit earum usus, & quando obiiciendæ sint, ex his quæ de exceptionum usu supra diximus, satis intelligitur; hic enim usus omnium est communis. De reliquis dubitari ideo potest, quia videri possunt hæ aliæ atque aliæ esse exceptiones. Sed ne hic laboremus, sciamus omnes has inferiores defensiones ex iisdem caussis cuique nasci, ex quibus primum reo nascuntur eæ, quæ proprie vocantur exceptiones; ut consequens sit, quibus, & adversus quos eæ caussæ sunt, his & adversus hos eas defensiones competere. De quibus cum dixerimus in exceptionibus, eadem & de sequentibus his defensionibus [8] dicta esse mutatis tantum personis & defensionum ordine, intelligendum est. Nunc ne istas defensiones ex iisdem caussis nasci dubitemus, paucarum caussarum exemplis utemur, idem intellectum de cæteris; neque enim necesse est omnes caussas persequi. Inter cæteras exceptiones has esse diximus, pacti conventi, rei iudicatæ, doli mali, ex his caussis natas reo, si pactus sit, ne a se peteretur, si conventus iudicio absolutus sit; si dolo deceptus quid promiserit. Propone actori easdem caussas esse ad recte petendum & consistendum adversus exceptionem a reo oppositam, habebis ex iisdem caussis replicationem, qua ab actore exceptio excludatur. Ut-puta, pactus est reus, ne a se peteretur: deinde convenit, ut petere liceret. Si reus conventus utetur exceptione pacti conventi; etiam actori contra erit pacti posterioris replicatio, qua prioris exceptio elidetur. *L. si unus,* [9] *§. pactus, D. de pact. Inst. de exc.* in pr. item, possessor re bona fide a non domino empta, iudicio a domi-

7) Ita & Bargel. *Lib.* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 4. Asin *praxi §.* 16. *C.* 4. qui & *C.* 9. *n.* 4 validius se replicationem ad exceptionem quam haoc ad actionem habere scribit,

8) Quare ut excipiens, non utique confitetur intentionem actoris *L.* 9. *de Exc.* ita nec replicans exceptionem. Asin. *d. §.* 16. *C.* 17. Et contra quos exceptio doli non datur, contra eosdem nec replicatio doli, sed in factum Bargal. 4. *de dolo C,* 3. *n.* 10. *& seq.* Hinc & diversis replicationibus uti licet, arg. eor. quæ *supra Cap.* 8. *N.* 1. Asin. *praxi §* 13. *C.* 18. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 23. *n.* 39 Ut & replicando diversa & aliena a libello proponi queant. H Pist. *ibid. n.* 40. Ubi annotat Sim. Ulr. Pist. exemplum, in *L.* 29. *C. de trans.* haberi, ubi replicatio doli de subtractis instrumentis, obiecta exceptioni pacti, a natura actionis institutæ aliena est Pinguius itaque dictum est a nostris Replicationem prorsus sequi naturam actionis. Asin. *d. §.* 16. *Cap.* 7. Zaz. *ad L.* 2. *de exc. n.* 21. Ex quo principio regulam extruunt: Ex qua caussa actio temporalis, ex eadem quoque replicatio, etsi exceptio sit perpetua, ut *supra Cap* 2 *n.* 24. Zaf. *d. n.* 21. Asin. *d. C.* 7. Bargal. *Lib.* 6. *de dolo reg.* 10. *n.* 12. Goth. *ad L.* 2. *de except* H Pist. *d. Quæst.* 23 *n* 40. Et ita replicationem doli temporalem esse probant per *L.* 30. *§. ult. de pecul.* Ast cum hanc ipsam perpetuam esse firmissime probet *L.* 6. *C. de except.* contra rectius docent Donell. *ad d. L,* 6. & Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 41. Nam & eidem plane rationi quæ *supra d. Cap.* 2 *n.* 24 in replicatione locus, ut Donellus d. loc. ostendit. Et *d. §. ult.* de replicatione doli inepte accipitur. Cuiac. *ad L. si plures* 17. *de dolo in fin.* Quare verissimum est, quod ibid. Cuiacius replicationem doli perpetuam esse, quæ perpetuæ actioni auxilio est. Nam cum actio principalis temporalis est, replicationem ulterius non superesse lapso tempore satis per se apparet. Quo sensu accepta (Et sane sic videtur Bargal. *Lib* 4. *de dolo C.* 3. *n.* 9. *&* 10) volgaris doctrina DD. sustineri posset, nisi alio modo ipsos accipere ex allegatis eorum appareret, & nisi ita foret nugatoria. Qui enim tempore lapso exclusus actione proponet replicationem? Plane quod Pinellus tradit in *L.* 2. *C. de resc. vend. par.* 3. *Cap.* 3. *n.* 24. venditorem vindicantem fundum, exceptionem rei venditæ replicatione læsionis immodicæ non recte submovere, verissimum puto (Etsi hinc se Simon Ulr Pist. *d. loc.* expedire non potuit.) Non tantum quia replicatio hæc contraria libello, qua ipsam intentionem suam actor convellit; Sed & quia termini ac limites actionum in rem & in personam non confundendi. Et quia replicatio non efficit unquam novam rei intentionem, sed pristinam adiuvat, *pr. & §.* 1. *Inst. h. t.* & ne exceptione elidatur, munit *L.* 10. *C. de except.* Faciunt quæ Asin. *§.* 16. *Cap.* 3. Et *in d. L.* 19. *C de trans.* replicatio continet diversa sane a materia libelli & actionis, non autem a fine & petitione.

9) *L.* 47. *pr. eod* ac recte ibid. Hot. (Etsi Cuiacius velit ibi contractum suæ formæ redditum vim suam exercere nullis replicationibus oppositis.) *L.* 55. *eod.* Exceptio tamen pacti fideiussori conventione principalis in rem concepta quæsita posteriore eiusdem pacto non adimitur *d. L. ult.* Nec dissentit Paulus *in L.* 27. *§.* 2. *de pact.* ceu volunt Hot. & Ant. Fab. *ibid.* cum non simpliciter dicat Paulus, sed *eadem ratione* quando scilicet pacto suo nocere fideiussori reus potest, vid. Charond. 2. *verisim.* 8. *in fin.* Aliter Cuiac. *in d. §.* 2. Pac 4. *enant. Quæst.* 98. Bronch. 4. *Ass.* 59. Vall. Franc. *de fideiuss. Cap.* 6. *n.* 93. *& seqq.*

domino conventus absolutus est: deinde possessionem amisit, quæ ab eodem domino occupata est. Si proponeremus rem ab eodem possessore adhuc teneri, & idem dominus iterum de eadem re ageret, daremus reo ex caussa superiore exceptionem rei iudicatæ. Nunc cum possessione amissa eam rem a domino vindicat Publiciana actione, si removeatur dominii exceptione, adversus hanc exceptionem tanquam adversus actionem dominii ei eandem replicationem rei iudicatæ dabimus. *L. si quis rem*, *D. de exc. rei iud.* Eadem caussa est doli mali in replicatione. Reus dolo deceptus si conveniatur, doli exceptionem habet. Et actor pactus ne peteret, cum in eo deceptus esset a reo, si agens removeatur exceptione pacti, habebit doli replicationem, qua se adversus pacti fraudulenti exceptionem tueatur: exemplum habes appositum in *L. tres fratres*, *D. de pact.* Etiam huius replicationis hoc exemplum est. Qui rem alienam vendidit & tradidit, postea domino rei successit. Dominio rei quæsito si eam rem tanquam iam suam incipiat vindicare, diximus suo loco eum doli mali exceptione ab emptore summoveri posse. *L. vindicantem*, *D. de evict.* Fingamus emptorem excidisse possessione rei, & eam ad venditorem rediisse. Licet emptori ut bonæ fidei possessori rem vindicare a venditore Publiciana actione: qui si tuebitur se exceptione, *si non res sua sit*, emptor adversus exceptionem doli replicatione utetur, eadem ex caussa videlicet, qua se si possideret, adversus agentem tueretur. Eademque emptori actio, & adversus exceptionem replicatio est adversus eum, cui prior venditor rem tradidisset: hoc in [10] *L. 4. §. si a Titio*, 28. *D. de dol. exc.*

V. Non tamen adversus omnem exceptionem datur quævis replicatio quanvis ex supra scriptis caussis. Duæ sunt exceptiones, adversus quas doli replicatio non datur; exceptio iurisiurandi, & exceptio doli mali. De priore ita scriptum est in *L. adversus*, *D. de exc.* adversus exceptionem iurisiurandi replicatio doli mali non debet dari, cum prætor id agere debeat, ne de iureiurando cuiusquam quæratur. Finge reum cum sciret se debere, delato iureiurando scientem prudentem dolo malo iurasse nihil a se deberi, postea compertum ex non dubiis instrumentis periurium. Si creditor petere instituat id de quo iuratum est, sic placet eum exceptione iurisiurandi summoveri, ut quanvis dolo malo peieratum dicat, eaque doli & periurii manifesti replicatione utatur, non tamen audiatur adversus iurisiurandi exceptionem. *L. quod si deferente*, *D. de dolo*. Proprium hoc est iurisiurandi, ut qua de re deferente adversario iuratum est, debeat omnimodo id iusiurandum inter consentientes servari, & quod idem valet, non possit retractari iusiurandum, eoque tantum hoc quæri debeat, an iuratum sit. *L. 5.* in pr. & *§. dato*, *D. de iurei. L. 1, C. de reb. cred. L. post rem*, *D. de re iud.* Hoc ideo, quia per iusiurandum transactum videtur. *d. L. quod si deferente*, *de dolo*, *L. admonendi*, in fin. *D. de iurei.* ut proinde alibi recte dicatur iusiurandum servandum propter conventionem & religionem, *L. sed et si servus*, *D. de iurei.* Excipiemus hoc loco eos casus, quibus placet iusiurandum retractari posse: puta si ea lege delatum sit iusiurandum, ut si peieratum esse postea constaret, non obstaret iusiurandum, de quo in *L. 1. C. de reb. cred.* aut si de legato agatur, quod quis deferente herede iuraverit sibi testamento quod forte tum non apparebàt, relictum esse, quod iusiurandum vetat Iustinianus servari, si prolato postea testamento constiterit nihil tale testamento contineri. *L. ult. C. de reb. cred.* Post quam constitutionem recte heres legatum indebitum per errorem solutum condicet: cui si obiicietur exceptio iurisiurandi, defendetur replicatione doli mali, ne ei iusiurandum in hac specie noceat.

VI. De exceptione doli ita scriptum in *L. 4. §.* [11] *Marcellus*, 13. *D.* de dol. mal. exc. *Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque, in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem præmio esse: ei vero cum quo ageretur, pœnæ esse: cum longe æquius sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.* Ratio sumpta ex regula iuris, qua constituitur in pari caussa potiorem esse caussam possessoris, & eius cum quo agitur. *L. in pari*, *D. de reg. iur.* Sic autem fit in hac specie, ut sit rei caussa

10) *L.* 28. *de nox. act. L.* 8. *§.* 7. *Quib. mod. pign. solv. L.* 10 *C. de transact. L.* 18. *C. ad SC. Vellei.* Bargal. *Lib.* 4 *de dolo Cap.* 3. *n.* 9.

11) *L.* 154. *pr. de R. I. ubi item ratio.* Nam qua caussa qui dolum ipse admisit, de dolo non agit, *L. si duo* 36. *de dolo*, quia mutua fit doli compensatio, *L. ult. §. pen. de eo per quem fact. erit*, eadem nec replicat, sed exceptio doli possessori, cuius in pari caussa potior conditio, prodest, vid. P. Fab. *ad d. L.* 154. Zas. *ad d. §.* 13. Hæc ratio ubi deficit, replicationi immo doli locus est. Qua de re perplexe & impedite DD. nostri. Eos componere nituntur Asin. *Praxi iudic. §* 16. *Cap.* 12. & Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de dolo Cap.* 3. *n.* 22. *&* *seqq.* quos adi.

caussa potior, si adversus exceptionem doli qua utitur, non detur actori mutui doli replicatio: quoniam hac illi concessa ut removeretur exceptio doli, ita hac summota procederet eius intentio. Quæruntur ab Accursio ad *d.* §. *Marcellus*. huius sententiæ exempla idonea: ex quibusdam locis, quos illic citat, sic commode fingi possunt. Unum huiusmodi ex *L. domum*, *D. de contr. empt.* Vendidit quis domum exustam totam, vel ex parte, quam uterque emptor & venditor ita exustam esse sciebat. Cum forte venditor pretium stipulatus esset (quod ideo fingimus, ut hic locus esse possit exceptioni, ex *L. dolo*, *C. de inut. stip.*) cœpit id pretium petere ex caussa stipulationis. Procedet iure summo actio; sed doli exceptione poterit ab emptore summoveri. Dicet enim emptor, dolo facis qui petas pretium eius rei nomine, quæ esse desierat iam tum, cum vendebas, idque ita esse sciebas. Hic in promptu erat venditori dicere ex adverso: at ista exceptione tibi uti non licet; quippe qui non minus dolo versatus sis in superiore emptione, quam ego, cum & tu domum exustam esse æque atque ego non ignorares. Sed scriptum est in *d. L. domum*, in fin. dolum inter utramque partem hoc casu compensandum. Quod plane nihil aliud est, quam adversus exceptionem doli, qua se tuetur emptor, doli replicationem venditori eidemque actori in hac specie non dari. Aliud exemplum ex *L. si procurator*, *D. de dol. mal exc.* Procurator rei pecunia accepta damnari se passus est: qua ex sententia parta est actori adversus dominum ipsum actio iudicati. *L.* 4. *D. de re iud.* Hac ille usus *si cum domino indicati agat*, *tuebitur se*, inquit Paulus, *doli mali exceptione*. Recte: actorem enim constat dolo suo consecutum esse, ut vinceret procuratore rei pecunia corrupto. Quid actor contra, nonne videtur iuste adversus hanc exceptionem replicatione doli mali uti posse? Dicet enim; at tu qui ista defensione uteris, aut suscipe actionem quam intendo, aut saltem redde pecuniam, quam procuratori tuo dedi, si eam habes, si non accepisti, cede mihi actionem tuam ad eam pecuniam repetendam, quam tu a procuratore tuo iudicio mandati consequi potes, utpote per caussam mandati illi quæsitam. Quod si utrumque retinere vis, & quod peto, & pecuniam a me datam, dolo facis: sic enim locupletior fieri postulas cum iactura mea, quod quia fit contra naturalem æquitatem; *L. nam hoc natura*, *D. de condict. indeb.* ideo a te dolo fieri intelligitur. *L.* 1. *D. de dol. mal. exceptione*. Ex quo est replicatio doli mali. Nam & hac de caussa adversus actorem, qui idem adversus reum postulet, placet reo esse doli mali exceptionem. *L.* 4. §. *si quis pupillo*, 4. *L. si debitor*, *D. de dol. mal. exc.* Quid ergo Paulus in hac specie in *d. L. si procurator?* Negat audiendum actorem exceptione doli summotum: nam turpiter acceptam pecuniam iustius apud eum esse, qui deceptus est, quam qui decepit. In quo apparet eum hoc ipsum dicere, quod posuimus, adversus exceptionem doli in hac specie non dari doli replicationem.

VII. Sed diligenter notandum est, quod dicitur adversus exceptionem doli replicationem doli non dari: de doli exceptione speciali, intelligendum esse; ubi scilicet actor qui exceptione doli summovetur, in eo gerendo in quo summovetur, dolo malo versatus est. Et certe Ulpianus, aut si malumus, Labeo in *d. L.* 4. §. *Marcellus*, loquitur de communi malitia petitoris & rei, item de eo quod perfide ab initio gestum est.

VIII. Quod si actor, qui nihil dolo malo in re gerenda fecerit, quia forte alia exceptione removeri poterat, ideo doli mali exceptione [12] generali quæ cum specialibus concurrit a reo summoveatur: nihil prohibet, quominus adversus hanc recte utatur doli mali replicatione adversus reum, qui solus dolo quid fecerit. Quo pertinet exemplum Macedoniani exceptionis, de quo postea Ulpianus subiicit in *d. L.* 4. §. *Marcellus*, de dol. mal. exc. *Contra senatusconsulti*, inquit, *Macedoniani exceptionem de dolo replicationem dandam ambigendum non esse*, *eamque nocere debere etiam constitutionibus & sententiis auctorum cavetur*. Propone hoc modo. Creditor filiofamilias pecuniam credidit deceptus ab eo, quod is mentiretur se esse patremfamilias, nec haberet creditor, cur contra suspicaretur. In quo apparet & dolo carere eum, & si quis hic dolus admissus est, totum in filiofamilias hærere. Is ergo creditor pecuniam repetit. Removetur a filiofamilias exceptione Macedoniani: fingamus removeri exceptione doli mali. Etiam hac filius-

12) Ita & post Bart. *ad d. L.* 4. §. 13. Bargal. *d. Cap.* 3. *n.* 3. *&* *n.* 13. Ast verius puto his casibus exceptionem doli (ne quidem generalem) ipso iure non competere. Neque enim semper cum aliis exceptionibus concurrit, sed tunc quando dolus petenti obiici potest, vid. *supra d. C.* 6. *N.* 8.

lius familias uti potuit, dum generalem doli exceptionem intelligamus, quæ ex omnibus in factum exceptionibus oriri, & cum his concurrere dicitur. *L.* 2. §. *& generaliter*, *D. de dol. mal exc.* Sed utra ex his usus fuerit filiusfamilias, qui actorem decepit, dicturus actori decepto adversus etiam doli exceptionem profuturam replicationem doli mali; ut dicat, recte ista exceptione utereris, nisi ego dolo carerem, tu autem in pecunia danda me decepisses; mentitus te esse patremfamilias, cum non esses. Sed nihil hic proprium exceptionis senatusconsulti Macedoniani: ad omnes alias exceptiones pertinet natas ex ea caussa, in qua actor a reo se deceptum possit dicere. Exemplo sit pactum conventum, quo actor ab adversario deceptus caverit nihil se amplius petiturum, quale proponitur in *L. tres fratres*, *D. de pact.* Illic respondetur, si actori amplius petenti obiiciatur exceptio pacti conventi, de dolo utiliter replicari posse. Atqui traditur in *L.* 2. §. *item quæritur*, 4. *D. de dol. mal. exc.* eum qui pacti conventi exceptionem habeat, nihilominus doli exceptione uti posse. Finge ergo reum hac potius usum esse. Nempe adversus hanc etiam eandem istam doli replicationem dabimus. Hoc ideo, quia superior exceptio doli non est illa specialis, quæ datur adversus eum, qui dolo malo in re gerenda versatus est: sed generalis, opposita ei actori, qui nihil dolo malo facit: ut proinde iniquissimum sit nocere ei doli exceptionem, qui deceptus sit, non qui deceperit. Atque hæc de exceptionibs & omnis generis defensionibus hactenus.



FINIS.